

MASTER'S THESIS

**De schijnzelfstandige in het Nederlandse arbeidsrecht
over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in de hedendaagse
arbeidsmarktpraktijk**

van Wijk, L.

Award date:
2021

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



DE SCHIJNZELFSTANDIGE IN HET NEDERLANDSE ARBEIDSRECHT

(THE SHAM SELF-EMPLOYMENT IN DUTCH CIVIL LAW)



OVER DE KWALIFICATIE VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST
IN DE HEDENDAAGSE ARBEIDSMARKTPRAKTIJK

Naam: L. van Wijk
Studentnummer : 851933096
Woonplaats: Groningen
Vak: Scriptie (RM9906162114)
E-mailadres: lauravwijk8@gmail.com

Telefoonnummer: 06 16 30 98 60
Begeleider: Mr. Dr. A.H. Lamers
Examinator: Prof. Mr. J.G.J. Rinkes
Aantal woorden: 13.941
Inleverdatum: 22-06-2021

Inhoudsopgave

1. Inleiding	p. 2
1.1 Centrale onderzoeksvraag en deelvragen	p. 5
1.2 Methodologische verantwoording	p. 5
2. De (feitelijke) beoordeling van de elementen uit artikel 7:610 BW	p. 6
2.1 Inleiding	p. 6
2.1.1 Achtergrond	p. 6
2.1.2 Wettelijk kader	p. 6
2.1.3 Vangnetregeling: geen arbeidsovereenkomst	p. 7
2.2 Gezag, gedurende een zekere tijd, loon en (persoonlijk) arbeid verrichten	p. 7
2.3 (Feitelijke) beoordeling ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst	p. 9
2.3.1 Uitgangspunt wetgever	p. 9
2.3.2 Het Groen/Schoevers-arrest en de partijbedoeling	p. 9
2.3.3 De ontwikkelingen in de arbeidsrechtpraktijk	p. 10
2.3.4 Feitelijke uitvoering	p. 11
2.3.5 Haviltex-maatstaf	p. 12
3. Het element 'gezag' uit artikel 7:610 BW	p. 13
3.1 Inleiding	p. 13
3.1.1 Het materiële gezagscriterium	p. 13
3.1.2 Het formele gezagscriterium	p. 13
3.2 Aanwijzingsbevoegdheid	p. 13
3.3 De invulling van het gezagscriterium	p. 14
3.3.1 Het moderne gezagscriterium	p. 15
3.3.2 Gezag tijdens de coronacrisis	p. 17
4. Het element 'gedurende een zekere tijd' uit artikel 7:610 BW	p. 18
4.1 Inleiding	p. 18
4.2 Reikwijdte	p. 18
4.2.1 Ondersteunend element bij organisatorische inbedding	p. 19
4.2.2 Rechtsvermoedens	p. 19
5. Bescherming schijnzelfstandige op grond van artikel 7:610 BW	p. 20
5.1 Inleiding	p. 20
5.2 (Schijn)zelfstandigheid	p. 20
5.2.1 Onafhankelijke zelfstandige	p. 20
5.2.2 Afhankelijke zelfstandige	p. 20
5.3 Schijnzelfstandigheid onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW	p. 21
5.3.1 Partijbedoeling voor kwalificatie minder relevant	p. 22
5.3.2 Gezag	p. 22
5.3.3 Loon	p. 22
5.3.4 Gedurende zekere tijd	p. 23
5.3.5 (Persoonlijk) arbeid verrichten	p. 23
5.3.6 Afwachten toekomstige beoordeling Hoge Raad	p. 23
6. Herijking en (beoogde) maatregelen	p. 24
6.1 Inleiding	p. 24
6.2 Herijking Groen/Schoevers	p. 24
6.3 Herijking artikel 7:610 BW	p. 25
6.3.1 Rechtsvermoeden 'werknemer-tenzij'	p. 26
6.3.2 Tussencategorie	p. 26
6.4 Modelovereenkomsten en webmodule	p. 27
Conclusie	p. 28
Literatuurlijst	p. 30
Jurisprudentielijst	p. 37

1. Inleiding

Op de Nederlandse arbeidsmarkt is een flexibilisering zichtbaar. In de laatste decennia is deze flexibilisering zelfs meer dan vermenigvuldigd. Van alle werkenden in 2018 had 22,5 procent een flexibel dienstverband.¹ Hier vallen onder andere de freelancer en zelfstandige zonder personeel (hierna: 'zzp') onder, een groep die inmiddels zo'n 1,1 miljoen werkenden kent.² Zowel de termen freelancer als zzp'er vinden geen grondslag in de wet. In de praktijk komen deze termen daarentegen met regelmaat voor. Zo interviewt een journalist als freelancer voor het plaatselijke nieuwsblad, en is een klusjesman als zzp'er aan de slag bij zijn voormalig werkgever. De flexibiliteit van deze arbeidskrachten wordt gesuggereerd door de onafhankelijke relatie die zij met hun opdrachtgever menen te hebben.³

Ondernemingen veronderstellen een voordeel te hebben aan een flexibele arbeidskracht doordat zij op die manier flexibel in kunnen spelen op de werkgelegenheid. Bovenal beogen ondernemingen daarmee de kosten van een dure werknemer te besparen.⁴ Zo moet een werkgever een werknemer namelijk minimaal het minimumloon⁵ aan salaris betalen en bij arbeidsongeschiktheid in beginsel twee jaren doorbetalen. Daarnaast moet de werkgever zorgdragen voor de loonbelasting, premies werknemersverzekeringen, een vakantieregeling en niet zelden een pensioenregeling.⁶ Voor een freelancer of zzp'er hoeft een werkverschaffer niet in deze voorzieningen te faciliteren.⁷ Het kan daardoor voor de werkverschaffer financieel aantrekkelijker zijn om een freelancer of zzp'er in te zetten. Het voordeel kan zich namelijk manifesteren in hetgeen deze flexibele arbeidskracht geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte, er geen sprake is van een minimumtarief, geen afdracht loonbelasting en bijdrage verzekeringen vereist is en er tevens geen 'ontslag' vergoeding hoeft te worden betaald bij het einde van de opdracht.⁸ Voor de zelfstandige kan het voordeel zijn dat hij geniet van verscheidene ondernemersvoordelen⁹, zoals fiscale aftrekposten¹⁰. Tegenhanger van dit voordeel is dat een freelancer of zzp'er verkeert in de situatie dat hij werkzaam kan zijn voor een laag tarief en hierdoor onvoldoende verdient om te voorzien in een sociaal vangnet.¹¹

De zelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt verkeren dan ook in een kwetsbare situatie, waardoor zij zonder bescherming tegen arbeidsongeschiktheid of een verzekering tegen onvoorziene omstandigheden, werkzaam zijn.¹² Dit probleem doet zich in het bijzonder voor bij de groeiende groep 'schijnzelfstandigen'. Hieronder worden de werkenden verstaan die op grond van geldende regelgeving alsmede de feiten en omstandigheden mogelijk 'een arbeidsovereenkomst zouden moeten hebben en dus onder andere voor de fiscaliteit en sociale zekerheid als werknemer moeten worden behandeld, maar in de praktijk worden behandeld als zelfstandige'.¹³ Deze groeiende groep flexibele arbeidskrachten heeft behoefte aan meer duidelijkheid en bescherming.¹⁴ Ook de Europese Commissie heeft Nederland gewaarschuwd dat de groep (ondefinieerbare) flexibele arbeidskrachten moet worden teruggedrongen.¹⁵ De Nederlandse regering beseft zich dit, maar heeft nog geen passende oplossing kunnen vinden om deze groep terug te dringen.¹⁶ Om voldoende duidelijkheid en bescherming te kunnen bieden lijkt volgens hen een verbeterde afbakening tussen het zelfstandig ondernemerschap en werknemerschap nodig.¹⁷ Het is namelijk een steeds groter wordend maatschappelijk probleem, doordat er minder werkenden genieten van arbeidsrechtelijke bescherming en er een grote groep werkenden aan de onderkant van de arbeidsmarkt niet over een sociaal vangnet beschikt.¹⁸ De huidige regels lijken dan ook niet houdbaar, 'omdat zij onvoldoende zijn

¹ WRR, *Rapport: het betere werk* 2019, p. 11; CBS & TNO 2020, p. 11.

² CBS & TNO 2020, p. 38.

³ Lamers & Ermers 2014, p. 149.

⁴ Dekker & de Beer, *Tijdschrift voor HRM* 2/2015, p. 3.

⁵ Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag.

⁶ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; Pennings 2018, par. 5.1.

⁷ *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017, p.4.

⁸ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.11; Pennings 2018, par. 5.1.

⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.8; Mertens 2018, par. 5.3 en 5.4; De Reus 2020, hfst. 3.

¹⁰ CBS 2014, p. 5-6 en 14.

¹¹ *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 3; Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.10; Houweling 2017, p. 454-455; Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, p. 3 (*MvT*), www.internetconsultatie.nl.

¹² Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, p. 3 (*MvT*), www.internetconsultatie.nl.

¹³ Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; Boot, *TRA* 2012/84; Koot - Van der Putte & Strating, *Zeggenschap* 2009, p. 44-46; Pennings, *TRA* 2015/33; Stege, *AR* 2016/44; De Laat, *TRA* 2017/69; *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1 en 3.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1; Laagland, *TRA* 2020/51, p. 2.

¹⁵ *PbEU* 2016, C 299/10, p. 41; *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1-2; Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; Wolzak, *FD* 2017, p. 6; Kok 2020.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 3-5; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 40.

¹⁸ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.16; WRR, *Rapport: het betere werk* 2019, 88.

toegesneden op de huidige en toekomstige behoeften van werkgevers, werkenden en het collectief'.¹⁹ Om er voor te zorgen dat het arbeidsrecht beter aansluit bij de hedendaagse praktijk zal de positie van de zelfstandigen die bewust kiezen voor het ondernemerschap versterkt moeten worden en de elementen ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst worden verduidelijkt.²⁰

Zoals hiervoor al werd vermeld, vinden de termen freelancer en zzp'er en geen grondslag in de wet. In Nederland kennen we namelijk juridisch gezien slechts twee varianten werkrelatie. Te weten de arbeidsovereenkomst op grond van Titel 10:7 BW en de overeenkomst van opdracht op grond van Titel 7:7 BW. Volgens artikel 7:610 lid 1 BW is er sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer 'de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.²¹ De overeenkomst van opdracht op grond van artikel 7:400 lid 1 BW betreft een 'overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten'.²² De overeenkomst van opdracht is in feite een restcategorie, aangezien deze overeenkomst alleen van toepassing kan zijn wanneer er nadrukkelijk geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.²³ Artikel 7:400 lid 2 BW sluit dwingendrechtelijk uit dat wanneer een overeenkomst te kwalificeren is als een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW, er geen sprake kan zijn van een overeenkomst van opdracht.²⁴

Het is dan ook de vraag of de freelancer en zzp'er daadwerkelijk een overeenkomst van opdracht sluiten met hun werkverschaffer. Veelal wordt er in de overeenkomst tussen deze partijen een bepaling opgenomen waarin staat dat het arbeidsrecht uitdrukkelijk niet van toepassing wordt geacht.²⁵ Door de gehele overeenkomst 'strategisch vorm te geven', in die zin dat duidelijk wordt opgenomen dat partijen geen arbeidsovereenkomst beogen te sluiten²⁶, wordt dan ook gepoogd de arbeidsrechtelijke bescherming, met alle kosten van dien, uit te sluiten. Het is echter maar zeer de vraag in hoeverre partijen zelf kunnen overeenkomen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht.²⁷

Ter nadere kwalificatie of er al dan niet sprake is van een arbeidsrelatie, wordt sinds 1997 het Groen/Schoevers-arrest als maatstaf gehanteerd.²⁸ Dit arrest ging over zelfstandig adviseur Groen die onderwijswerkzaamheden verrichtte bij Schoevers. Tussen de heer Groen en Schoevers was een mondelinge overeenkomst (van opdracht) gesloten. Op verzoek van de heer Groen zond hij maandelijks facturen van zijn gewerkte uren, vond er geen premie afdracht plaats van de uitbetaling die hij ontving en waren de overige arbeidsvoorwaarden, die voor de werknemers van Schoevers golden, niet op hem van toepassing. Opleidingsinstituut Schoevers beëindigt op een zeker moment de overeenkomst. De heer Groen komt daartegen in verweer en stelt dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Om te beoordelen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft de Hoge Raad in dit arrest bepaald dat dit afhankelijk is 'van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevend betekenis is toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een overeenkomst hebben beoogd'. En vervolgens '... wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'.²⁹ De Hoge Raad heeft in het Groen/Schoevers-arrest geoordeeld dat alle elementen uit artikel 7:610 BW voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst van belang worden geacht, en gezien de omstandigheden van het geval in meer of mindere mate moeten worden meegewogen.³⁰ Deze methode wordt ook wel de 'holistische benadering' genoemd.³¹ De Hoge Raad lijkt hierbij dusdanig meegewogen te hebben wat partijen voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst. Dit suggereert dat partijen onderling kunnen afspreken hoe de arbeidsrelatie gekwalificeerd moet worden.³² Voor de heer Groen resulteerde deze algehele beoordeling van de Hoge Raad er in dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst.

¹⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.21; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 14 en 63.

²⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.21 en 4.7; *Regeerakkoord* 2017-2021, p. 25.

²¹ Artikel 7:610 lid 1 BW.

²² Artikel 7:400 lid 1 BW.

²³ Artikel 7:400 lid 1 en 2 BW; Lamers & Ermers 2014, p. 147.

²⁴ Lamers & Ermers 2014, p. 147; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 36 en 48.

²⁵ Lamers, RSV 2020/233, p. 959.

²⁶ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.14; Peters, *TRA* 2020/52, par. 4.4; Laagland, *TRA* 2020/51; Bartens, *TvAO* 2019/1, p. 14.

²⁷ Lamers, RSV 2020/233, p. 958.

²⁸ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

²⁹ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

³⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.3; Loonstra 2016, p. 69; Heerma van Voss, 7-V 2015, p. 1.

³¹ *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017, p. 82.

³² Lamers, RSV 2020/233, p. 959.

Inmiddels zijn er meer dan twintig jaren verstreken sinds het Groen/Schoevers-arrest. In de praktijk is zichtbaar dat dit arrest blijkbaar in de loop der jaren heeft geleid tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.³³ De meeste discussie is ontstaan rondom het aspect 'partijbedoeling'. In het Groen/Schoevers-arrest lijkt de Hoge Raad immers ruimte te hebben gelaten om de partijbedoeling mee te laten wegen in de kwalificatievraag.³⁴ Dit lijkt met name te zien op het woordje 'mede', in de zinsnede die hierboven is weergegeven. Over de weging van de partijbedoeling voor de kwalificatievraag worden sinds het Groen/Schoevers-arrest in de wetenschap verschillende zienswijzen verdedigd. Sommige auteurs betogen dat de partijbedoeling relevant is ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst³⁵, terwijl anderen betogen dat de partijbedoeling geen, of een ondergeschikt, belang heeft.³⁶ In de rechtspraak is tevens zichtbaar dat de partijbedoeling in verscheidene uitspraken als belangrijk element wordt aangemerkt.³⁷ Zo heeft er een zaak voorgedaan waarin mevrouw Groot een meningsverschil heeft gekregen met haar opdrachtgever Diosynth, nadat zij al ongeveer 18 jaren acquisitiewerkzaamheden voor Diosynth uitvoerde. Dat partijen voorafgaand de wens hadden een overeenkomst van opdracht te sluiten, werd door de Hoge Raad van aanzienlijk belang geacht.³⁸ De Hoge Raad lijkt deze lijn in latere rechtspraak iets te nuanceren en lijkt in het vervolg meer waarde toe te kennen aan de feitelijke uitvoering.³⁹ Desalniettemin is in lagere rechtspraak nog steeds zichtbaar dat de partijbedoeling met regelmaat als cruciaal element wordt aangemerkt. Zo is een radioverslaggever als 'freelancer' aan de slag gegaan bij RTV Rijnmond. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het van belang is geweest dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst bewust voor een andere constructie dan een arbeidsovereenkomst hebben gekozen.⁴⁰ Ook bij een Deliveroo-zaak in 2018 werd hier veel waarde aan gehecht. Deliveroo had namelijk na het eindigen van de arbeidsovereenkomsten van de maaltijdbezorgers, een overeenkomst van opdracht met hen gesloten. In die overeenkomst is expliciet vastgelegd dat partijen uitsluitend een overeenkomst van opdracht aangaan en niet de intentie hebben een arbeidsovereenkomst te sluiten.⁴¹ Dat partijen geen arbeidsovereenkomst hadden gesloten werd gehonoreerd door de kantonrechter. Een gelijke uitkomst was ook aan de orde bij de krantenbezorgers van de Persgroep, waar eveneens werd geoordeeld dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst omdat partijen niet anders hebben doen blijken dan de wens een overeenkomst van opdracht te sluiten.⁴² Deze zogenoemde 'Groen/Schoevers-doctrine' heeft er toe geleid dat partijen klaarblijkelijk op schrift konden uitsluiten dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, terwijl hier feitelijk wel sprake van zou kunnen zijn.⁴³ Het dwingendrechtelijke karakter zoals het arbeidsrecht deze kent, gericht op solidariteit en ongelijkheidscompensatie, lijkt middels deze doctrine dan ook ondermijnd te kunnen worden.⁴⁴

De Hoge Raad heeft in een recente uitspraak de ruimte, die voortvloeide uit het Groen/Schoevers-arrest, weer ingeperkt. In onderhavige kwestie had appellante een participatieplaats bij de gemeente Amsterdam. Met behoud van haar IOAW-uitkering heeft zij gedurende een jaar werkzaamheden verricht op de interne servicedesk. Appellante vordert dat zij een arbeidsovereenkomst had en zij aldus het loon zou moeten verdienen die daarbij hoort. De Hoge Raad geeft aan dat het er om gaat 'of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst'.⁴⁵ En dat de partijbedoeling hierbij 'geen rol speelt bij de vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst of niet'.⁴⁶ De Hoge Raad gaat echter niet zozeer in op de toetsing en weging van de elementen ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, zoals A-G de Bock in haar uitgebreide en interessante conclusie wel doet.⁴⁷ Zo gaat zij in haar conclusie onder andere uitvoerig in op een mogelijke (herijkte) invulling van het gezagscriterium.

³³ Boot 2018 (Position Paper), p. 1-2.

³⁴ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.13.

³⁵ Onder andere Jansen & Loonstra, TAP 2010 nr. 1, p. 5; Loonstra, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht* 2009, p. 133-134; De Jong, TAP 2010 nr. 6, p. 234.

³⁶ Onder andere Verhulp 2018 (Position Paper), p. 2-3; Lamers & Ermers 2014, p. 147-148.

³⁷ HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449, (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*); Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:GHARL:2018:6333; Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*).

³⁸ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

³⁹ Mauser, AR 2019/45, p. 2; HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*).

⁴⁰ Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*), r.o. 4.4.

⁴¹ Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*), r.o. 10 en 28.

⁴² Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384 (*Persgroep*), r.o. 3.8, 3.9 en 3.12.

⁴³ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

⁴⁴ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.26.

⁴⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*), r.o. 3.2.2.

⁴⁶ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

⁴⁷ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

In dit werk zal de positie van de schijnzelfstandige nader worden onderzocht. Is het mogelijk om deze groep arbeidsrechtelijke bescherming te bieden? Het is interessant om te onderzoeken of de recente uitspraak hieromtrent een verschil maakt. Gezien de ontwikkelingen gedurende de afgelopen twintig jaren, is het de vraag hoe de elementen uit artikel 7:610 BW getoetst kunnen worden. En daarnaast, of alle elementen uit het wetsartikel nog relevant zijn in de hedendaagse praktijk. Is er een (nadere) herijking nodig van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, waardoor de onderkant van de arbeidsmarkt beter kan worden beschermd? Vooral de elementen 'gezag' en 'tijd' zijn onderhevig aan veranderingen. Steeds meer werkenden voeren immers hun werk relatief zelfstandig uit en krijgen vrijheid om hun werk 'te doen', zonder gericht tijdsplan. Het gezag lijkt steeds moeilijker te peilen, des te meer nu er in verband met de coronacrisis al maanden thuis wordt gewerkt.⁴⁸

1.1 Centrale onderzoeksvraag en deelvragen

Het voorgaand leidt tot de volgende onderzoeksvraag: In hoeverre biedt de huidige kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, op grond van artikel 7:610 BW, voldoende bescherming aan de schijnzelfstandige in Nederland of is er een herijking van de elementen vereist om aan te sluiten bij de hedendaagse praktijk?

Om een antwoord te vinden op de centrale vraag, zijn de volgende deelvragen opgesteld:

1. Welke elementen zijn er voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW?
2. Is het enkel afgaan op de feitelijke situatie bepalend of zijn er meer factoren van belang ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst?
3. In hoeverre speelt het gezagscriterium nog een doorslaggevende rol in de huidige arbeidsrechtpraktijk?
4. Hoe dient het element 'gedurende een zekere tijd' te worden opgevat en is dit element nog relevant?
5. Geeft de huidige kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW voldoende bescherming aan de schijnzelfstandige?
6. Is er een herijking van de elementen ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst vereist voor de hedendaagse arbeidsrechtpraktijk?

1.2 Methodologische verantwoording

Er is met name literatuuronderzoek verricht om de centrale onderzoeksvraag en de deelvragen te beantwoorden. Wetenschappelijke literatuur op het gebied van Nederlands arbeidsrecht, sociale zekerheid- en fiscaal recht is geraadpleegd. Om de achterliggende gedachte en de toekomstige inkadering van de wetgever in kaart te brengen, zijn parlementaire stukken geraadpleegd. Om inzage te geven in de uitwerking in de praktijk is jurisprudentieonderzoek verricht. Uitspraken van kantonrechters, gerechtshoven, de Hoge Raad (civiel en belastingkamer), Centrale Raad van Beroep en Europese Hof van Justitie (hierna: 'HvJ EU'). Voor het raadplegen van valide bronnen is met name gebruik gemaakt van de digitale bibliotheek van de Open Universiteit, Kluwer Navigator en Google Scholar. Daarnaast is gebruik gemaakt van fysieke boeken van onder andere Lamers en Loonstra & Zondag.

Om in kaart te brengen hoe de inkadering van de arbeidsovereenkomst is beoogd door de wetgever in 1907 zijn parlementaire stukken geraadpleegd. Sinds 1907 hebben er onder andere maatschappelijke ontwikkelingen voorgedaan. De praktische weergave door de jaren heen ten opzichte van de toepassing van de arbeidsovereenkomst is zichtbaar in de jurisprudentie.

In de laatste decennia is zichtbaar geworden dat de schijnzelfstandigen deel uitmaken van de Nederlandse arbeidsmarkt. In hoeverre de schijnzelfstandigen beschermd kunnen worden op grond van artikel 7:610 BW is het van belang in kaart te brengen wanneer een arbeidskracht onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW valt. Jurisprudentieonderzoek is hiervoor gebruikt om een beeld over te schetsen. Naast jurisprudentieonderzoek is gebruik gemaakt van wetenschappelijke literatuur om verscheidene zienswijzen over de arbeidsrechtpraktijk van jaren geleden en de hedendaagse praktijk te vergelijken en overwegen. Hiervoor is gebruik gemaakt van meerdere juridische wetenschappelijke artikelen, van onder andere Verhulp, Loonstra, Lamers en Said. De conclusie van A-G de Bock maakt tevens een belangrijke bron uit van dit werk. Evenals de rapporten van onder andere de Commissie Regulering van Werk en TNO.

⁴⁸ TNO 2020, p. 6; TNO 2021, p. 5.

2. De (feitelijke) beoordeling van de elementen uit artikel 7:610 BW

2.1 Inleiding

Om arbeidsrechtelijke bescherming te kunnen verkrijgen op grond van Titel 7.10 BW dient er sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst. Hiervoor moet voldaan worden aan de wettelijke definitie uit artikel 7:610 BW.⁴⁹ Wanneer er sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft dit niet alleen consequenties voor het civiele recht, maar ook voor het fiscale en sociale zekerheidsrecht. Zo zal de fiscus de werkgever aanspreken op de loonheffingen en zal er voor de arbeidskracht in beginsel recht kunnen bestaan op een werknemersuitkering van het UWV.⁵⁰

De verscheidene elementen uit de definitie van de arbeidsovereenkomst uit artikel 7:610 BW zijn hieronder kort uiteen gezet. In de opvolgende hoofdstukken zal op enkele elementen nader worden ingegaan.

2.1.1 Achtergrond

Sinds 1838 bestaat er in de Nederlandse wetgeving een regeling aangaande het arbeidsrecht.⁵¹ Deze was destijds zeer summier opgesteld. Zo bestond er geen duidelijke definitie van een arbeidsovereenkomst, maar zag de regeling op het huren van diensten, werk en nijverheid.⁵² De beginselen van wilsautonomie en contractvrijheid waren in de negentiende eeuw van wezenlijk belang om het individu te beschermen. In de verhouding tussen een arbeidskracht en een werkverschaffer leidden deze beginselen tot nadelige uitkomsten wat resulteerde in slechte arbeidsvoorwaarden en omstandigheden voor de arbeidskracht.⁵³ Er werd duidelijk dat er meer behoefte bestond aan rechtszekerheid⁵⁴, waardoor in 1909 de Wet op de Arbeidsovereenkomst van kracht werd. De definitie van de arbeidsovereenkomst werd hierin vastgelegd en luidde als volgt: 'de arbeidsovereenkomst is de overeenkomst tussen een arbeider en een werkgever, waarbij de arbeider tegen loon zijne arbeidskracht, geheel of voor een gedeelte voor zekeren tijd ter beschikking stelt van de werkgever'.⁵⁵ De achterliggende gedachte van het vastleggen van de definitie van een arbeidsovereenkomst was derhalve de behoefte aan het beschermen van de (economisch) afhankelijke werknemer.⁵⁶ Door zijn economische afhankelijkheid van de werkgever en het gebrek aan onderhandelingspositie werd de werknemer gezien als zwakkere partij.⁵⁷ Om de werknemer ook daadwerkelijk voldoende te kunnen beschermen werden de opgestelde wettelijke bepalingen grotendeels dwingendrechtelijk van aard.⁵⁸

2.1.2 Wettelijk kader

Tot op heden is de definitie van de arbeidsovereenkomst ten opzichte van honderd jaar geleden in de kern niet aangepast. Tegenwoordig is de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst te vinden in Boek 7 BW. Zoals eerder vermeld, is er volgens artikel 7:610 BW sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer 'de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'.⁵⁹ De definitie is nagenoeg gelijk gebleven, maar de hedendaagse arbeidsrechtpraktijk is ten opzichte van honderd jaar geleden aanzienlijk veranderd. Afgezien daarvan lijkt de compensatie van de ongelijkheid tussen de werknemer en de werkgever nog steeds de kern van het huidige arbeidsrecht.⁶⁰ Werknemers zijn intussen mondiger geworden, waardoor zij over het algemeen beter kunnen onderhandelen dan honderd jaar geleden⁶¹, de werkgever blijft desalniettemin de sterkere partij. Immers, indien de ene arbeidskracht niet instemt met de (voorwaarden) van de overeenkomst dan is er kortgezegd wel een

⁴⁹ *Rapport Commissie Regulering van Werk* 2020, p. 41.

⁵⁰ Lamers & Ermers 2014, p. 146.

⁵¹ Said, *ARA* 2017 (11) 1, p. 56.

⁵² Loonstra & Westerbeek, *SMA* 2007 – nr. 11/12, p. 414.

⁵³ Zwemmer 2012, p. 13.

⁵⁴ Loonstra & Westerbeek, *SMA* 2007 – nr. 11/12, p. 414; Kaspers, *SMA* 1982, p. 531 e.v.

⁵⁵ Loonstra & Westerbeek, *SMA* 2007 – nr. 11/12, p. 415; Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

⁵⁶ Verhulp, *AA* 2005/5, p. 373; Bles 1907-1909, deel I; Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324); *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 39.

⁵⁷ Lamers & Ermers 2014, p. 146.

⁵⁸ Zwemmer 2012, p. 13.

⁵⁹ Artikel 7:610 lid 1 BW.

⁶⁰ Zwemmer 2012, p. 14; Verhulp 2003, p. 6; Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 10; Loonstra & Zondag 2010, p. 37; Roozendaal 2011, p. 373-374; Lamers & Ermers 2014, p. 146.

⁶¹ Verhulp, *AA* 2005/5, p. 372.

andere arbeidskracht te vinden.⁶² Daarnaast is de arbeidskracht vanzelfsprekend economisch afhankelijk van een werkgever doordat er inkomen vereist is om te voorzien in het levensonderhoud.

Door de ontwikkelingen gedurende de afgelopen honderd jaar is het duiden van een arbeidsovereenkomst ingewikkelder geworden.⁶³ Wegens de roep om flexibele arbeid, zijn er varianten aan arbeidsrelaties ontstaan, die zich onder andere uiten in termen als 'freelancer' en 'zzp'er'.⁶⁴ Ook de 'moderne' arbeidskracht zal arbeidsrechtelijke bescherming moeten kunnen genieten indien daar recht toe is.⁶⁵ De vraag is of de huidige kwalificatie van de arbeidsovereenkomst voldoende mogelijkheden biedt die aansluit bij deze hedendaagse arbeidsrechtpraktijk.

2.1.3 Vangnetregeling: geen arbeidsovereenkomst

Het dwingende karakter van het arbeidsovereenkomstenrecht houdt evenwel in dat wanneer er voldaan wordt aan de elementen voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW, de bepalingen uit Titel 10:7 BW van toepassing zijn. Naast de arbeidsovereenkomst bestaat slechts één andere arbeidsvariant, namelijk de overeenkomst van opdracht op grond van artikel 7:400 BW. Louter wanneer er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, kan er sprake zijn van een overeenkomst van opdracht. Dit betreft 'een overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten'.⁶⁶ Hieruit kan opgevat worden dat deze overeenkomst in feite een restcategorie betreft, aangezien deze overeenkomst alleen van toepassing kan zijn wanneer er nadrukkelijk geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.⁶⁷ Uit de zogenoemde dwingendrechtelijke 'uitschakelbepaling' van artikel 7:400 lid 2 BW blijkt dat wanneer een overeenkomst te kwalificeren is als een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW, er geen sprake kan zijn van een overeenkomst van opdracht.⁶⁸ Deze uitschakelbepaling moet er op toezien dat partijen niet zondermeer Titel 7:7 BW van toepassing kunnen verklaren en daarmee 'ontsnappen' aan de dwingendrechtelijke bepalingen uit Titel 10:7 BW. Wat dat betreft zou gesteld kunnen worden dat de reikwijdte van afdeling 7.7.1 BW zeer beperkt is.⁶⁹

2.2 Gezag, 'gedurende een zekere tijd', loon en (persoonlijk) arbeid verrichten

Hierna volgt een opsomming van de elementen uit artikel 7:610 BW. In de opvolgende hoofdstukken zal nader op de elementen 'gezag' en 'gedurende een zekere tijd' worden ingegaan. In hoofdstuk 5 zal de 'schijnzelfstandige' in het context van de arbeidsovereenkomst worden geplaatst.

Het element 'in dienst van' uit artikel 7:610 BW suggereert de gezagsverhouding.⁷⁰ Doordat een werknemer onder het gezag van de werkgever staat, is er sprake van ondergeschiktheid.⁷¹ Dit element van de arbeidsovereenkomst wordt gezien als meest onderscheidende.⁷² In vergelijking met de overeenkomst van opdracht bestaat er namelijk geen sprake van een gezagsverhouding tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer.⁷³ In hoofdstuk 3 zal bij dit element uitgebreider stil worden gestaan.

Volgens artikel 7:610 BW dient er voorts 'gedurende een zekere tijd' arbeid worden verricht. Er wordt in de wet niet nader toegelicht wanneer er is voldaan aan dit element en het is daarom ook de vraag wat de waarde van dit element is. In hoofdstuk 4 zal hier nader op worden ingegaan.

De werknemer verricht volgens de definitie van de arbeidsovereenkomst 'tegen loon' arbeid voor de werkgever. Het element loon wordt nader gespecificeerd in artikel 7:617 BW, waar limitatief de loonvormen worden opgesomd. Loon kan zowel in geld als in natura worden verstrekt,⁷⁴ en moet worden gezien als een tegenprestatie voor het verrichten van de arbeid.⁷⁵ Zo kan bijvoorbeeld een

⁶² Lamers, RSV 2020/233, p. 959.

⁶³ Verhulp, AA 2005/5, p. 372.

⁶⁴ WRR, *Rapport: het betere werk* 2019, p. 11; CBS & TNO 2020, p. 11.

⁶⁵ Verhulp, AA 2005/5, p. 372.

⁶⁶ Artikel 7:400 lid 1 BW.

⁶⁷ Artikel 7:400 lid 1 en 2 BW; Lamers & Ermers 2014, p. 147.

⁶⁸ Lamers & Ermers 2014, p. 147; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 36 en 48.

⁶⁹ Lamers 2012, p. 38.

⁷⁰ Boot 2018 (Position Paper), p. 3.

⁷¹ Loonstra & Zondag 2010, p. 25.

⁷² *Rapport Commissie Regulering van Werk* 2020, p. 39.

⁷³ Said, ARA 2017 (11) 1, p. 56.

⁷⁴ Artikel 7:617 lid 1 sub a t/m e BW.

⁷⁵ HR 12 oktober 2001, *LJN* ZC3681, *NJ* 2001/635; HR 18 december 1953, *NJ* 1954, 242.

vrijwilliger in principe niet aangemerkt worden als werknemer, omdat er geen vergoeding tegenover het werk staat.⁷⁶

Wanneer er sprake is van een overeenkomst van opdracht, wordt de tegenprestatie eveneens beloond onder de noemer 'loon'.⁷⁷ Het loonbegrip is volgens Lamers niet goed gekozen, omdat dit 'onlosmakelijk verbonden is met de normale of fictieve dienstbetrekking'.⁷⁸ Het loonbegrip is gekoppeld aan de (vroegere) dienstbetrekking wat voornamelijk voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst, en dat is exact wat de overeenkomst van opdracht niet is.⁷⁹ Daarom zal een andere benaming volgens Lamers beter zijn geweest, bijvoorbeeld 'honorarium'. Desalniettemin is niet ingegaan op het loonbegrip bij de overeenkomst van opdracht in de Memorie van Toelichting destijds.⁸⁰ Het is de vraag in hoeverre het loonbegrip in de overeenkomst van opdracht vergelijkbaar is met het loon bij een arbeidsovereenkomst.⁸¹ Wanneer er per tijdsperiode, zoals per maand of per uur, een uitbetaling plaatsvindt en er een vergoeding bestaat voor verlof, dan neigt dat eerder naar een arbeidsovereenkomst. Bij declaraties, of betalingen voor een bepaalde opdracht, wordt er over het algemeen geneigd naar een overeenkomst van opdracht.⁸² De rechter lijkt overigens de wijze van loonbetaling niet als doorslaggevend te erkennen en beoordeelt dit naar aanleiding van alle omstandigheden van het geval.⁸³

Tot slot kan uit artikel 7:610 BW worden afgeleid dat arbeid in beginsel persoonlijk door de werknemer moet worden verricht. Het verrichten van arbeid is een ruim begrip en kan zowel van geestelijke als lichamelijke aard zijn. Zo kunnen beschikbaarheids- en slaapdiensten hier ook onder vallen⁸⁴, maar bijvoorbeeld ook meedoen aan het reality-programma 'de Gouden Kooi'.⁸⁵ De intentie moet echter wel zijn dat daadwerkelijk arbeid wordt verricht.⁸⁶ Hiernaast dient de arbeid doel te dienen voor de onderneming, en niet enkel gericht op het verwerven van kennis voor de arbeidskracht.⁸⁷

Uit artikel 7:659 BW volgt vervolgens dat de werknemer verplicht is de arbeid zelf te verrichten en zich enkel met toestemming van de werkgever door een derde kan laten vervangen. Wanneer het mogelijk is dat alle arbeid willekeurig door een ander kan worden vervangen, is er in principe geen sprake van een arbeidsovereenkomst.⁸⁸ Dat betekent derhalve niet dat de enkele mogelijkheid tot vervanging ervoor zorgt dat er geen arbeidsovereenkomst kan bestaan.⁸⁹ Onlangs is in een Deliveroo-zaak namelijk wel degelijk geoordeeld dat er een vervangingsmogelijkheid bestaat, maar deze niet in de weg staat voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Hierbij werd van belang geacht dat Deliveroo er baat bij heeft zicht te hebben wie er voor hen werkzaam zijn en daarnaast de onmogelijkheid de werkzaamheden van een bezorger door meerdere personen te laten vervangen.⁹⁰

Indien sprake is van vrijelijke vervanging die ziet op alle werkzaamheden, die waar mogelijk door meerdere personen kan worden uitgevoerd, zal er niet gauw sprake zijn van het verrichten van persoonlijke arbeid. Zo verrichte mevrouw Zwarthoofd als krantenbezorgster werkzaamheden, maar had de mogelijkheid zich voor het verrichten van alle werkzaamheden door andere willekeurige personen te laten vervangen.⁹¹ Er werd dan ook niet voldaan aan het element '(persoonlijk) arbeid verrichten' en in deze kwestie werd ook geen arbeidsovereenkomst aangenomen.

Met betrekking tot de mogelijkheid tot vervanging kan worden geconcludeerd dat wanneer de werkverschaffer de mogelijkheid wil kunnen hebben om toestemming te kunnen geven of inzicht wenst over wie er voor hen werkzaam is, dit binnen de perken van artikel 7:659 BW lijkt te vallen. Pas wanneer de werkverschaffer de mogelijkheid geeft alle werkzaamheden vrijelijk te laten vervangen en hier geen zicht op wenst, zou het bestaan van een arbeidsovereenkomst op deze grond kunnen

⁷⁶ Alt, MSR nr. 71 2017/5.2.3; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/24.

⁷⁷ Artikel 7:405 BW.

⁷⁸ Lamers 2012, p. 95; Eenhoorn & Kawka 2007, p. 54 e.v.

⁷⁹ Lamers 2012, p. 95.

⁸⁰ Lamers 2012, p. 95; Meijers 1972 (Toelichting), p. 989-990; *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, nr. 3, p. 4.

⁸¹ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.4 (online, bijgewerkt 1-1-2021).

⁸² Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.4 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, JAR 1998/210; Ktr. Hilversum 14 april 1999, JAR 1999/108; Ktr. Amsterdam 11 oktober 1996 en 25 oktober 1996, JAR 1997/15; Rb. Amsterdam (pres.) 22 oktober 1998, JAR 1998/250; Rb. 's-Gravenhage 15 april 1998, JAR 1998/107.

⁸³ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.4 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938 JAR 2019/268.

⁸⁴ Verhulp, in: *T&C BW*, commentaar op art. 7:610 BW.

⁸⁵ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

⁸⁶ Alt, MSR nr. 71 2017/5.2.3; HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9444 (*Van der Male/Den Hoedt*).

⁸⁷ HR 29 oktober 1982, LJN AC0442, NJ 1983, 230 (*Hesseling/Ombudsman*); HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/ Beurspromovendi*).

⁸⁸ Alt, MSR nr. 71 2017/5.2.3; HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*); Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/23.

⁸⁹ Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213.

⁹⁰ HR 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.7.5.

⁹¹ HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*).

worden geweerd. De overeenkomst van opdracht kent daarentegen de mogelijkheid dat de werkzaamheden niet persoonlijk uitgevoerd hoeven te worden, tenzij dit de opdracht is verleend met het oog op een persoon.⁹²

2.3 (Feitelijke) beoordeling ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst

Door de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen in de arbeidsrechtpraktijk is het de vraag hoe de hierboven genoemde elementen uit artikel 7:610 BW beoordeeld moeten worden.⁹³ Sinds de roep om flexibele arbeid en het ontstaan van verscheidene benamingen voor arbeidsrelaties, denk aan freelancers en zzp'ers, komt de vraag op in hoeverre partijen zelf kunnen bepalen van welke overeenkomst sprake is.⁹⁴ In hoeverre staat het hen vrij om een schriftelijke overeenkomst te sluiten waar het arbeidsrecht expliciet wordt uitgesloten en hoezeer wordt dit juridisch erkend?

2.3.1 Uitgangspunt wetgever

Het uitgangspunt van de wetgever zo'n honderd jaar geleden was dat wanneer er wordt voldaan aan de elementen uit de wettelijke kwalificatie van de arbeidsovereenkomst⁹⁵, er sprake is van arbeidsrechtelijke bescherming.⁹⁶ De achterliggende gedachte van het vastleggen van dwingendrechtelijke regels voor het arbeidsrecht is immers het beschermen van de zwakkere partij, de werknemer. Doordat er geen gelijkwaardige relatie tussen de werkgever en de werknemer mogelijk is, werden de bedoelingen van partijen hierbij niet relevant geacht.⁹⁷ Juist om de werknemer voldoende te kunnen beschermen, werd aangegeven dat partijen geen invloed mogen hebben op het soort overeenkomst dat zij wensen te sluiten, wanneer de relatie tussen partijen voldoet aan de criteria voor de arbeidsovereenkomst.⁹⁸ In de Memorie van Toelichting bij de Wet op de Arbeidsovereenkomst is ook uitdrukkelijk aangegeven dat het niet de bedoeling is dat arbeidskrachten afstand doen van hun rechten. De volgende zinsnede geeft dat prachtig weer: "gij kunt zooveel regels van aanvullend recht ten behoeve der arbeiders verzinnen als gij wilt; het zal u niets baten; de werkgever legt hun een contract voor, waarbij zij van hunne rechten afstand doen; wanneer zij hebben geteekend — en zij zullen altijd teekenen behalve in tijden van werkstaking — dan blijft er van al hunne rechten niets over".⁹⁹

Sinds de Wet op de Arbeidsovereenkomst¹⁰⁰ is de definitie van de arbeidsovereenkomst in de wettekst nagenoeg ongewijzigd gebleven. De wetgever heeft hier bewust voor gekozen.¹⁰¹ Zoals hierboven aangegeven zijn de huidige criteria voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst loon, gezag, (persoonlijk) arbeid verrichten, gedurende een zekere tijd. Er heerst echter onduidelijkheid en rechtsonzekerheid over de wijze van beoordeling of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹⁰²

2.3.2 Het Groen/Schoevers-arrest en de partijbedoeling

Sinds het Groen/Schoevers-arrest uit 1997¹⁰³ lijkt de Hoge Raad de ruimte hebben gegeven aan partijen om onderling de juridische kwalificatie van de overeenkomst te bepalen. Voor de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst heeft de Hoge Raad in deze uitspraak aangegeven dat dit afhankelijk is 'van de feiten en omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevende betekenis is toegekend aan de vraag of partijen totstandkoming van een overeenkomst hebben beoogd'. En vervolgens '... wat tussen hen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen hun bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, mede in aanmerking genomen de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'.¹⁰⁴ Door dit cruciale onderdeel uit deze uitspraak werd zodoende gesuggereerd dat partijen onderling de

⁹² Artikel 7:404 BW.

⁹³ Boot 2018 (Position Paper), p. 1-2.

⁹⁴ Lamers, RSV 2020/233, p. 958.

⁹⁵ Lamers, RSV 2020/233, p. 953.

⁹⁶ Verhulp, AA 2005/5, p. 371.

⁹⁷ Verhulp, AA 2005/5, p. 371; Lamers, RSV 2020/233, p. 953.

⁹⁸ Zwemmer 2012, p. 15; Bles 1907-1909, p. 212.

⁹⁹ Verhulp, AA 2005/5, p. 371; Mauser, AR 2019/45; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, 3, par. 8; Bles 1907-1909, p. 212.

¹⁰⁰ Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 13-15.

¹⁰² Boot 2018 (Position Paper), p. 1-2.

¹⁰³ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

¹⁰⁴ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

arbeidsrelatie kunnen vormgeven in tegenstelling tot hetgeen de wetgever zou hebben beoogd.¹⁰⁵ Het woordje 'mede' in de bovengenoemde zin zou de aanstichter zijn geweest van de ruimte die partijen naar aanleiding van Groen/Schoevers hebben genomen.¹⁰⁶

2.3.3 Ontwikkelingen in de arbeidsrechtpraktijk

Door de toegenomen roep om flexibele arbeid, bestaat de wens om de zogenaamde onafhankelijke relatie tussen partijen te duiden.¹⁰⁷ Hiervoor worden onder andere begrippen gebruikt als zzp'er of freelancer, die in de wet geen grondslag vinden. In de wet worden er per slot van rekening slechts twee varianten aangemerkt, namelijk de arbeidsovereenkomst op grond van Titel 10:7 BW en de overeenkomst van opdracht op grond van Titel 7:7 BW. En zoals in het vorige hoofdstuk al naar voren werd gebracht, is er pas sprake van een overeenkomst van opdracht indien er niet wordt voldaan aan de criteria van de arbeidsovereenkomst.¹⁰⁸

Doordat de roep om flexibele arbeid in de loop der jaren is toegenomen, wordt van de ruimte die het Groen/Schoevers-arrest lijkt te hebben geven, niet zelden gebruik gemaakt.¹⁰⁹ Dit manifesteert zich door het inzetten van arbeidskrachten waarmee een zogenaamde overeenkomst van opdracht wordt gesloten. In deze overeenkomst wordt veelal een passage opgenomen waarin staat dat partijen uitdrukkelijk beogen geen arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW te sluiten.¹¹⁰

Ondernemingen willen flexibel in kunnen spelen op de arbeidsmarkt en menen dat op deze manier te bewerkstelligen, om zo vooral de kosten van een dure werknemer te besparen.¹¹¹ Wanneer er immers sprake is van een arbeidsovereenkomst, heeft dat verstekkende gevolgen, zoals reeds in de inleiding uiteen is gezet.¹¹² Hierop zit niet iedere werkverschaffer te wachten. Daarom kan het financieel aantrekkelijker zijn voor een werkverschaffer om een arbeidskracht in te zetten op grond van een overeenkomst van opdracht. Deze arbeidskracht lijkt flexibel inzetbaar en goedkoper aangezien de arbeidsrechtelijke bescherming op grond van Titel 10:7 niet van toepassing is. Dit uit zich voorts dat de werkverschaffer in principe niet aangesproken wordt op de loondoorbetaling bij ziekte, er geen sprake is van een minimumtarief, geen afdracht loonbelasting en bijdrage verzekeringen vereist is en er tevens geen 'ontslag' vergoeding hoeft te worden betaald bij het einde van de opdracht.¹¹³

Het mee laten wegen van de partijbedoeling voor het ontstaan van de arbeidsovereenkomst heeft sinds het Groen/Schoevers-arrest in de rechtspraak gezorgd voor een wisselend beeld. Zo lijkt vooral de partijbedoeling een doorslaggevende rol te mogen spelen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in de lagere rechtspraak. In de inleiding zijn hierover reeds een aantal zaken aangehaald, waaronder de radioverslaggever die aan de slag ging bij RTV Rijnmond waarbij van belang werd geacht dat partijen bewust voor de 'freelanceconstructie' in plaats van een arbeidsovereenkomst hadden gekozen.¹¹⁴

De Hoge Raad heeft in de zaak tussen mevrouw Groot en Diosynth de ingezette koers uit Groen/Schoevers gehanteerd.¹¹⁵ Mevrouw Groot verrichte al zo'n 18 jaren acquisitiewerkzaamheden voor Diosynth en was van mening dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat van dusdanig belang was dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen hadden om geen arbeidsovereenkomst te sluiten. Mede daarom werd geoordeeld dat er sprake was van een overeenkomst van opdracht. In de vervolgrechtspraak lijkt de Hoge Raad de ingezette koers uit Groen/Schoevers te nuanceren en meer waarde toe te kennen aan de feitelijke uitvoering.¹¹⁶ Uit het ABN Ambro/Malhi-arrest volgt namelijk dat de feitelijke uitvoering bepalend is voor de kwalificatie.¹¹⁷ Bovendien blijkt uit het Van der Male/Den Hoedt-arrest dat de tekst

¹⁰⁵ Verhulp, AA 2005/5, p. 371; *Kamerstukken II* 1903/04, 137, 3; Bles 1907-1909, p. 212.

¹⁰⁶ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.13.

¹⁰⁷ Lamers & Ermers 2014, p. 147.

¹⁰⁸ Artikel 7:400 lid 1 en 2 BW; Lamers & Ermers 2014, p. 147.

¹⁰⁹ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.14; Peters, TRA 2020/52, par. 4.4; Laagland, TRA 2020/51; Bartens, TvAO 2019/1, p. 14.

¹¹⁰ Lamers, RSV 2020/233, p. 959; Mauser, AR 2019/45; Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384 (*de Persgroep*); Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*); Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.14; Peters, TRA 2020/52, par. 4.4; Laagland, TRA 2020/51; Bartens, TvAO 2019/1, p. 14.

¹¹¹ Dekker & de Beer, *Tijdschrift voor HRM* 2/2015, p. 3.

¹¹² PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; Pennings 2018, par. 5.1; Lamers & Ermers 2014, p. 146.

¹¹³ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.11; Pennings 2018, par. 5.1.

¹¹⁴ Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*), r.o. 4.4.

¹¹⁵ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

¹¹⁶ Mauser, AR 2019/45; HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*); HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

¹¹⁷ HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Malhi*).

die partijen boven de overeenkomst zetten, niet bepalend is.¹¹⁸ Blijkens de vervolgrechtspraak lijkt de Hoge Raad de mening toegedaan dat uit de feitelijke situatie zal moeten resulteren of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, oftewel 'het wezen gaat voor schijn'.¹¹⁹ Dat houdt in dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst de bedoeling van partijen terzijde kan schuiven.¹²⁰

Hoewel de Hoge Raad in latere rechtspraak weinig tot geen waarde toe lijkt te kennen aan de partijbedoeling, werd de bedoeling van partijen echter wel opgemerkt in de gepasseerde uitspraken. De waarde hiervan bleef echter tamelijk onduidelijk.¹²¹ Zo heeft de Hoge Raad bijvoorbeeld in het Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM-arrest¹²² aangemerkt dat 'bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is immers niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven'.¹²³

Naast de Hoge Raad oordelen de Belastingkamer van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep over de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op het gebied van fiscaal en/of sociale zekerheidsrecht. Door deze verscheidene invalshoeken, leidt de kwalificatievraag ook tot verwarring.¹²⁴ Uit de fiscale jurisprudentie blijkt de partijbedoeling een ondergeschikte rol in te nemen.¹²⁵ Dit lijkt ook bij de Centrale Raad van Beroep het geval.¹²⁶

De gecreëerde ruimte voor de partijbedoeling heeft na Groen/Schoevers met name geleid tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.¹²⁷ De vraag welk beoordelingscriterium prevaleert¹²⁸ werd gediscussieerd en in de wetenschap zijn verschillende zienswijzen verdedigd. Zo betogen Loonstra en Zondag dat er volgens een vierstappenplan, waarvan de partijbedoeling een stap uitmaakt, wordt beoordeeld of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.¹²⁹ Jansen en Loonstra voegen hier aan toe dat de partijbedoeling van waarde is wanneer partijen gelijkwaardig aan elkaar zijn ten aanzien van kennis, ervaring en deskundigheid.¹³⁰ Andere auteurs betogen dat de partijbedoeling geen, of een ondergeschikt, belang heeft. Zo stelt Verhulp dat de betreffende zinsnede uit Groen/Schoevers niet de ruimte geeft aan partijen om de contractsvorm te bepalen maar het van belang is op welke wijze partijen zich jegens elkaar gedragen.¹³¹

2.3.4 Feitelijke uitvoering

De ruimte uit het Groen/Schoevers-arrest heeft de Hoge Raad sinds november 2020 weer ingeperkt. De Hoge Raad heeft in het Participatieplaats-arrest namelijk geoordeeld dat de overeengekomen rechten en plichten moeten voldoen aan artikel 7:610 BW en uitdrukkelijk aangegeven dat de partijbedoeling geen rol speelt bij de kwalificatievraag aangaande het bestaan van de arbeidsovereenkomst.¹³² De onduidelijkheid omtrent de rol van de partijbedoeling lijkt hiermee verleden tijd. Voorafgaand aan dit gewezen arrest heeft A-G de Bock in haar conclusie uitgebreid uiteengezet dat er ten onrechte te veel ruimte is gegeven aan zowel contractspartijen als rechters naar aanleiding van het Groen/Schoevers-arrest.¹³³ Uit het Participatieplaats-arrest blijkt nu dat voor de beoordeling of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet worden gekeken naar de feitelijke uitvoering van de overeenkomst. Van belang wordt geacht hoe partijen zich richting elkaar gedragen op het gebied van werkinhoud¹³⁴ en hoe partijen omgaan met de organisatie van de werkzaamheden.¹³⁵

¹¹⁸ HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 (*Van der Male/Den Hoedt*).

¹¹⁹ HR 14 april 2006, JAR 2006, 119 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*).

¹²⁰ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

¹²¹ Zie ook HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*), r.o. 4.3.1; PHR 14 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9722, onder 10 en 11.

¹²² HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).

¹²³ HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*), r.o. 3.4; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.24.

¹²⁴ Lamers & Ermers 2014, p. 147; Van der Wiel - Rammeloo 2008.

¹²⁵ Lamers & Ermers 2014, p. 147; Van der Wiel - Rammeloo 2008, p. 127-128.

¹²⁶ De Jong, TAP 2010 nr. 6, p. 237; Buijs, SR 2006-4, p. 129-131; CRvB 17 november 2005, «USZ» 2006/17; CRvB 11 maart 2010, LJNB 9457.

¹²⁷ Boot 2018 (Position Paper), p. 1-2.

¹²⁸ Mauser, AR 2019/45; Van der Kind, SR 2007/70; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.18; Vegter, SR 2005/19; Trap, AR 2007/24.

¹²⁹ Loonstra, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht* 2009, p. 133-134.

¹³⁰ Jansen & Loonstra, TAP 2010 nr. 1, p. 10; De Jong, TAP 2010 nr. 6, p. 234 e.v.; De Jong, TAP 2010 nr. 6, p. 234.

¹³¹ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 2-3.

¹³² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*), r.o. 3.2.2.

¹³³ Lamers RSV 2020/233, p. 959; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.42.

¹³⁴ Trap, AR 2007/24; Loonstra & Jansen, NJB 1998, 18, p. 817-821; Jansen & Loonstra 1997.

¹³⁵ Trap, AR 2007/24; HR 17 april 1984, NJ 1985, 18 (*Animeermisjes*).

Het is terecht en wenselijk voor de arbeidsrechtpraktijk dat de ‘wezen voor schijn’-doctrine aan gewicht wint.¹³⁶ Er dient door de schijnconstructies heen gekeken te worden om voldoende arbeidsrechtelijke bescherming aan de zwakkere partij te kunnen bieden.¹³⁷ Bovendien sluit deze benadering aan bij het uitgangspunt van de wetgever in 1907.¹³⁸ Voor de zwakkere partij, de werknemer, geldt ongelijkheidscompensatie waardoor hij moet worden beschermd door de dwingendrechtelijke bepalingen uit Titel 10:7 BW.¹³⁹ Roozendaal vatte enige tijd geleden al in de juiste bewoordingen samen waar het om gaat: ‘Dit taalspel moet worden doorgeprikt om te voorkomen dat een onderklasse ontstaat, die in het slechtste geval in volstrekte afhankelijkheid van de opdrachtgever werkt, onverzekerd tegen ziekte of werkloosheid en tegen tarieven op of onder het minimumloon, omdat zij niet de onderhandelingspositie heeft om te bereiken dat de overeenkomst niet een overeenkomst van opdracht maar een arbeidsovereenkomst wordt genoemd’.¹⁴⁰ Door afscheid te nemen van de rol van de partijbedoeling voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst en de feitelijke uitvoering als uitgangspunt te nemen in de civiele rechtspraak, wordt bovendien meer aansluiting gezocht bij de fiscale en sociale zekerheidsrechtspraak.¹⁴¹ Dit zal logischerwijs leiden tot een eenduidiger beeld en meer rechtszekerheid.

Voor wat betreft de civiele rechtspraak lijkt het Participatieplaats-arrest de juiste koers in te zetten. Dit blijkt ook uit de recent gewezen uitspraak van het hof in de kwestie tussen Deliveroo en FNV. Kortgezegd faciliteert Deliveroo arbeid via een onlineplatform. Via een bestel- en betaalplatform koppelen zij restaurants aan hun afnemers.¹⁴² De maaltijdbezorgers waren voorheen werkzaam als werknemer, maar hebben inmiddels op papier een opdrachtovereenkomst. De FNV pleitte dat de bezorgers werknemers zijn en geen opdrachtnemers met een overeenkomst van opdracht. Het hof komt in februari 2021 tot een tegenovergesteld oordeel dan de rechtbank in de eerder aangehaalde Deliveroo-zaak uit 2018, en oordeelt dat de bezorgers wel degelijk een arbeidsovereenkomst hebben.¹⁴³ Het hof oordeelt in algemene zin over alle contractvormen die Deliveroo sinds 2018 hanteert.¹⁴⁴ De elementen ‘gezag’, ‘arbeid’, ‘loon’ en ‘gedurende een zekere tijd’ waren onderhevig aan een ‘totaalbeoordeling’ van de omstandigheden van het geval.¹⁴⁵ Het is afwachten of de Hoge Raad zich mag uitlaten over dit arrest en zich daarbij laat verleiden om de elementen uit artikel 7:610 BW te beoordelen.¹⁴⁶ Dit zal wenselijk zijn, om de ingezette koers meer gewicht toe te kennen.

2.3.5 Haviltex-maatstaf

De Hoge Raad heeft in het Participatieplaats-arrest onderscheid gemaakt in twee fasen. In de zogenoemde eerste fase, de ‘uitlegfase’, gaat het om de vraag welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen.¹⁴⁷ Dit wordt vastgesteld op basis van de Haviltex-maatstaf, die als volgt luidt: ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten’.¹⁴⁸ Welke rechten en plichten partijen overeenkomen staat los van de tweede fase, de kwalificatie van de overeenkomst.¹⁴⁹

Said heeft hieromtrent een terechte opmerking geplaatst.¹⁵⁰ Doordat de partijbedoeling wel een rol lijkt te spelen in de uitlegfase, is het de vraag in hoeverre de Hoge Raad nog steeds ruimte wil geven voor de bedoelingen van partijen. Weliswaar niet gezien de kwalificatie van de overeenkomst, maar deze bedoelingen lijken wel enigszins relevant te kunnen zijn voor de kwalificatievraag. Het zal wenselijk zijn dat de Hoge Raad zich over dit punt duidelijker zal uitlaten, zodat helder is hoe dit benaderd moet worden.¹⁵¹

¹³⁶ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.36; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/11 en 26; Sagel 2016, p. 190-192.

¹³⁷ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.37; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/11 en 26; Sagel 2016, p. 190-192.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1903/04, 137, 3, par. 8; Bles 1907-1909, p. 212; Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

¹³⁹ Lamers RSV 2020/233, p. 959.

¹⁴⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.39; Roozendaal, AR 2016/42, par. 6.

¹⁴¹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.56 en 5.57.

¹⁴² Bevers, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 10.6 (online, bijgewerkt 1-1-2021).

¹⁴³ Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*).

¹⁴⁴ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 2.4, 3.5, 3.11.6, 3.12.1 en 3.14.

¹⁴⁵ Hartlief NJB 2021/650; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

¹⁴⁶ Hartlief NJB 2021/650.

¹⁴⁷ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*); Lamers, RSV 2020/233, p. 959; Seghrouchni, Bb 2021/49.

¹⁴⁸ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

¹⁴⁹ Lamers, RSV 2020/233, p. 953.

¹⁵⁰ Said, in: *Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2020, p. 2811.

¹⁵¹ Said, in: *Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2020, p. 2811.

3. Het element 'gezag' uit artikel 7:610 BW

3.1 Inleiding

Zoals reeds vermeld maakt het gezagscriterium zichtbaar dat de werknemer ondergeschikt is aan de werkgever.¹⁵² De reden dat de werkgever gezag moet kunnen voeren komt voort uit het economische resultaat van de onderneming waar hij verantwoordelijk voor is.¹⁵³ Het gezagscriterium wordt in de wetenschappelijke literatuur als 'doorslaggevend' aangemerkt om de werknemer in dienstbetrekking te onderscheiden van de opdrachtnemer.¹⁵⁴ Het gezagscriterium kan formeel, materiaal of in combinatie tot uiting komen.¹⁵⁵

3.1.1 Het materiële gezagscriterium

Doordat de werkgever gezag mag uitvoeren, heeft hij de bevoegdheid om redelijke instructies ten aanzien van de uit te voeren werkzaamheden in het kader van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer te geven.¹⁵⁶ Daarbij is het niet noodzakelijk dat de werkgever deze instructies daadwerkelijk geeft. De mogelijkheid hiertoe wordt als voldoende aangemerkt.¹⁵⁷ Dit materiële gezagscriterium strekt zich dus uit tot het geven van werkinhoudelijke instructies.¹⁵⁸

3.1.2 Het formele gezagscriterium

Het formele gezagscriterium komt tot uiting in instructies van organisatorische aard.¹⁵⁹ Hier kunnen de werktijden onder vallen, het karakter van de werkzaamheden, de wijze van beloning en eventuele loondoorbetalingen tijdens vakantie of ziekte.¹⁶⁰ Naast de instructies van organisatorische aard kan er voor het aannemen van formeel gezag ook worden gekeken naar de mate van 'inbedding' van de arbeidskracht in de onderneming.¹⁶¹ Hierbij kan van belang zijn in hoeverre de werkzaamheden bijdragen aan de resultaten van de onderneming.¹⁶² Zo werd bij een masseur werkzaam bij een sauna geconcludeerd dat het bieden van massages niet de hoofdtak van de sauna was. In dat kader lijkt er gekeken te worden naar de hoofdtaken van de onderneming en in welke mate de arbeidskracht zorgt voor de verwezenlijking daarvan.¹⁶³

3.2 Aanwijzingsbevoegdheid

De afwezigheid van het gezag kan duiden op een overeenkomst van opdracht.¹⁶⁴ De opdrachtnemer hoeft namelijk geen instructies op te volgen en voert het werk in principe zelfstandig uit. Er is echter wel sprake van een aanwijzingsbevoegdheid, waardoor de opdrachtgever de opdrachtnemer aanwijzingen mag geven op grond van artikel 7:402 BW. Dit ziet op aanwijzingen over de manier waarop de belangen van de opdrachtgever het beste worden gediend.¹⁶⁵ Een opdrachtnemer hoeft alleen gevolg te geven aan aanwijzingen die tijdig verleend en verantwoord zijn.¹⁶⁶ Bovendien zijn de

¹⁵² Loonstra & Zondag 2010, p. 25.

¹⁵³ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 70.

¹⁵⁴ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 11; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017*, p. 6; *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 70; Trap, *AR* 2007/24.

¹⁵⁵ Loonstra & Zondag 2010, p. 97.

¹⁵⁶ Loonstra & Zondag 2010, p. 96; Alt, *MSR* nr. 71 2017/5.2.3.

¹⁵⁷ Alt, *MSR* nr. 71 2017/5.2.3; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/20; Loonstra & Zondag 2010; HR 28 september 1983, NJ 1984, 92 (X./Z.).

¹⁵⁸ Said, *TRA* 2020/14, p. 1; Bouwens e.a. 2019, p. 63; Loonstra & Zondag 2018, p. 145; HR 17 april 1984, NJ1985, 18 (*Animeermeisjes*); HR 1 december 1961, NJ1962, 79 (*Stripteasedanseres*).

¹⁵⁹ Said, *TRA* 2020/14; Bouwens e.a. 2019, p. 63; Loonstra & Zondag 2018, p. 145; Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.3 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Jansen & Loonstra 1997; Loonstra 1990; Jansen & Loonstra, *NJB* 1998/18, p. 817–821; Loonstra, *SR* 2005/17.

¹⁶⁰ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017*; Jansen & Loonstra, *NJB* 1998/18, p. 817 - 821.

¹⁶¹ Said, *TRA* 2020/14.

¹⁶² Lamers & Ermers 2014, p. 146 e.v.

¹⁶³ Lamers & Ermers 2014, p. 146 e.v.; CRvB 18 februari 1999, *RSV* 1999/152.

¹⁶⁴ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.5 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Rb. Haarlem (pres.) 12 september 1995, *JAR* 1995/246; Ktr. Amsterdam 11 oktober 1996 en Ktr. Amsterdam 25 oktober 1996, *JAR* 1997/15; Rb. 's-Gravenhage 3 februari 1999, *JAR* 1999/84; Rb. Groningen 19 januari 2001, *JAR* 2001/55.

¹⁶⁵ Lamers 2012, p. 71; Meijers 1972 (Toelichting), p. 987; Asser/Tjong/Tjin Tai 2009, nr. 103.

¹⁶⁶ Artikel 7:402 lid 1 BW.

aanwijzingen bij een opdrachtovereenkomst minder dwingend van aard dan bij een arbeidsovereenkomst het geval mag zijn.¹⁶⁷

De mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen door de opdrachtgever zal in principe niet zo ver (mogen) strekken als het gezagscriterium uit artikel 7:610 BW. De begrenzing vloeit voort uit het eerste lid van artikel 7:402 BW, waarin staat dat het moet gaan om instructies 'omtrent de uitvoering van de opdracht'.¹⁶⁸ De opdrachtnemer hoeft dus geen aanwijzingen op te volgen die niet binnen de opdracht past.¹⁶⁹ Het tweede lid van artikel 7:402 BW begrenst de aanwijzingsbevoegdheid in die zin dat de opdrachtnemer de opdracht kan opzeggen wanneer hij daarvoor een redelijke grond heeft, welke kan voortvloeien uit de aard van de verrichte werkzaamheden.¹⁷⁰

Concluderend mag een opdrachtgever aanwijzingen geven voor de incidentele opdracht, zonder dat er gezag wordt aangenomen. Ook bij duidelijke en nauwkeurige instructies hoeft nog geen sprake te zijn van gezag, wanneer de arbeidskracht in de uitvoering van de instructies vrijheid geniet en niet aan toezicht is onderworpen.¹⁷¹ De grens tussen het geven van aanwijzingen en instructies in het kader van de overeenkomst van opdracht en het gezagscriterium uit de arbeidsovereenkomst is in de praktijk niet eenduidig te stellen.¹⁷² Dit speelt met name wanneer de arbeidskracht bij het verrichten van de werkzaamheden een grote mate van vrijheid heeft.¹⁷³

3.3 De invulling van het gezagscriterium

Het gezagscriterium is, al sinds de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst, voorwerp van discussie.¹⁷⁴ Opmerkelijk in dit verband is dat in 1907 in de Memorie van Toelichting werd medegedeeld dat het gezagscriterium in de praktijk niet voor moeilijkheden zou zorgen.¹⁷⁵ Uit de wetenschappelijke literatuur en de jurisprudentie blijkt echter wel anders.

Voor de kwalificatie voerde het materiële gezag de boventoon tot ongeveer 1970.¹⁷⁶ Door de maatschappelijke en economische ontwikkelingen, waardoor het werk anders werd georganiseerd, baanwisselingen toenamen, het gemiddelde opleidingsniveau toenam en arbeidskrachten mondiger werden¹⁷⁷, is de invulling van het gezag ook veranderd. Omdat werknemers steeds meer vrijheid krijgen om het werk uit te voeren, en door de hogere mate van professionalisering van de gemiddelde werknemer, is het geven van dergelijke inhoudelijke instructies minder cruciaal geworden.¹⁷⁸ De Hoge Raad lijkt daarom sinds de jaren '80 het gezagscriterium breder te interpreteren, in die zin dat er niet enkel wordt gekeken naar de instructiebevoegdheid van de werkgever ten opzichte van de invulling van het werk, maar ook naar de organisatorische omstandigheden.¹⁷⁹ Desalniettemin moet er tot dusver altijd enige vorm van zeggenschap door de werkgever aanwezig zijn om gezag aan te kunnen merken. Wanneer bijvoorbeeld louter de werktijden contractueel zijn overeengekomen, is dit dus niet voldoende voor het aannemen van gezag.¹⁸⁰ Een 'bescheiden mate van zeggenschap' kan naar de omstandigheden van het geval soms al genoeg zijn voor het aannemen van een gezagsverhouding.¹⁸¹ Er moet echter wel meer zijn dan de enkele mogelijkheid tot het geven van summiere aanwijzingen.¹⁸²

Sinds 1997 werkt de (onjuiste) interpretatie uit het Groen/Schoevers-arrest¹⁸³ ook door in de kwalificatie van het gezag. Wanneer de arbeidskracht een zwakke maatschappelijke positie zou hebben, zou er (eerder) sprake kunnen zijn van een arbeidsovereenkomst.¹⁸⁴ Bij een sterke maatschappelijke positie lijkt gesuggereerd te worden dat de partijbedoeling een rol kan spelen.¹⁸⁵ Het

¹⁶⁷ HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168 (*Management consultants Europe BV/Schoenmaker c.s.*).

¹⁶⁸ Lamers 2012, p. 71.

¹⁶⁹ Lamers 2012, p. 71; Meijers 1972 (Toelichting), p. 987; *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 323-324.

¹⁷⁰ Lamers 2012, p. 71.

¹⁷¹ HR 17 november 1967, NJ 1968, 163 (*Elout/Den Hollander (vertaler)*).

¹⁷² Zie o.a. HR 17 april 1984, NJ1985, 18 (*Animeermeisjes*); HR 1 december 1961, NJ1962, 79 (*Stripteasedanseres*).

¹⁷³ Said, *ArA* 11(1) 2017, p. 59; HR 14 april 2006, NJ 2007/447, m.nt. Verhulp (*UvA/Beurspromovendi*).

¹⁷⁴ Loonstra & Zondag 2010, p. 96; Lamers & Ermers 2014, p. 146; HR 14 april 2006, JAR 2006, 119 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

¹⁷⁵ Zwemmer 2012, p. 18; Bles 1907-1909, p. 320.

¹⁷⁶ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41; Zwemmer 2018 (Position Paper), p. 2; Zwemmer 2012, p. 19; Meijers 1923-1924, p. 31; Kamphuizen 1956, p. 71.

¹⁷⁷ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41.

¹⁷⁸ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017*, p. 6.

¹⁷⁹ *Rapport Commissie Regulering van werk 2020*, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017*.

¹⁸⁰ HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168 (*Management consultants Europe BV/Schoenmaker c.s.*).

¹⁸¹ HR 14 april 2006, NJ 2007/447, m.nt. Vegter (*UvA/Beurspromovendi*).

¹⁸² Said, *ArA* 2017/11, p. 59-60; Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3039, r.o. 3.6; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/38; Loonstra, *SR* 2005, 17.

¹⁸³ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

¹⁸⁴ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.3 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Boot 2004, p. 107.

¹⁸⁵ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.3 (online, bijgewerkt 1-1-2021); HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

Groen/Schoevers-arrest heeft bovendien in de hand gewerkt dat de mate waarin partijen gezag zijn overeengekomen in de overeenkomst, van belang kon zijn.¹⁸⁶ Deze gedachtegang is incorrect, en blijkt immers uit een onjuiste lezing van het arrest.¹⁸⁷ Hierboven is reeds uiteengezet dat de gekozen overeenkomst door partijen geen rol mag spelen, en deze zogenoemde partijbedoeling mag dan ook geen invloed hebben de invulling van het gezag.¹⁸⁸ Het gaat om de feitelijke situatie, de Hoge Raad heeft niet de vrijheid aan partijen willen geven om de overeenkomst juridisch te duiden.¹⁸⁹

3.3.1 Het moderne gezagscriterium

Hoewel er in de wetenschappelijke literatuur wordt gesproken over de 'erosie van de gezagsverhouding',¹⁹⁰ lijkt dit element nog steeds het meest onderscheidene uit artikel 7:610 BW die het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht duidt. Er is niet zozeer sprake van een erosie, maar het gezag kan zich op verscheidene manieren manifesteren en is ruimer uitlegbaar dan in de eerste helft van de twintigste eeuw.¹⁹¹ In de rechtspraak is deze ruimere uitleg zichtbaar, zodoende dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat vrijheid in de uitvoering van de werkzaamheden niet een gezagsverhouding in de weg hoeft te staan.¹⁹² Het uitoefenen van materieel gezag is door de toegenomen autonomie van arbeidskrachten, en de manieren waarop instructies tegenwoordig gegeven kunnen worden, afgenomen.¹⁹³ Het is dan ook terecht om de formele benadering meer gewicht toe te kennen. In de socialezekerheidsrechtspraak lijkt de organisatorische inbedding van de arbeidskracht in de onderneming van de werkverschaffer al van betekenis.¹⁹⁴ Daarbij kan zoal van belang zijn in hoeverre de werkzaamheden kernactiviteiten van de onderneming zijn¹⁹⁵ deze bijdragen aan de resultaten van de onderneming¹⁹⁶, er sprake is van een organisatorisch kader¹⁹⁷, in hoeverre de werkzaamheden een structureel karakter hebben¹⁹⁸ en de positie van de arbeidskracht waarbij meespeelt of er gelijke werkzaamheden door werknemers worden uitgevoerd.¹⁹⁹ Er wordt gepleit voor een 'moderne' invulling van het gezagscriterium.²⁰⁰ Hiervoor lijkt het juist om aan te sluiten bij de interpretatie van Verhulp. Hij stelt dat het moderne gezag zou moeten inhouden dat de arbeidskracht deel uitmaakt van de onderneming en de interne regels en gewoonten aanvaardt.²⁰¹ Deze zienswijze sluit aan bij de benadering van het HvJ EU voor het onderscheiden van ondernemers en werknemers. Voor het aannemen van gezag wordt bij het HvJ EU de organisatorische inbedding van belang geacht, in zoverre dat er wordt gekeken hoezeer er arbeid

¹⁸⁶ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.3 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Fleuren-van Walsem & van Peijpe, SMA 1995/412; Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.3 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Trap, AR 1998, 51, p. 47; Trap, AR 2007/24, p. 22-23.

¹⁸⁷ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 1; HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

¹⁸⁸ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 1 - 3; HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

¹⁸⁹ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 2; Verhulp, in: *Vrienden door Dik en Dun* 2011, p. 228-229; HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (*St. Thuiszorg Rotterdam/PGGM*), m. nt. Verhulp.

¹⁹⁰ Zwemmer 2012, p. 19-20; Van der Heijden, *NJB* 1997, nr. 40, p. 1837-1844; Trap, AR 2007/24.

¹⁹¹ Zwemmer 2012, p. 19 - 21.

¹⁹² HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*); Zwemmer 2012, p. 19-20; Loonstra & Zondag 2010, p. 97; Jansen & Loonstra 1997; HR 17 juni 1996, JAR 1994/152.

¹⁹³ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.70.

¹⁹⁴ Said, *ArA* 11(1) 2017, p. 72; Van der Wiel - Rammeloo 2008, p. 159-162; Van den Berg 2010, p. 107 en 131-135; CRvB 19 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0715; Rb. Arnhem 15 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT0999; CRvB 21 december 1994 *LJN* ZB2567 (*Pizzabezorgers*); CRvB 11 oktober 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD5998.

¹⁹⁵ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 20 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU9193; CRvB 29 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU4235; CRvB 21 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU0721; CRvB 24 maart 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT3470; CRvB 12 mei 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT6387.

¹⁹⁶ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 13 maart 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC6895; CRvB 18 augustus 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN6113; CRvB 18 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB6411; CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3397.

¹⁹⁷ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 20 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU9193; Rb. 's-Gravenhage 23 maart 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:A07182; CRvB 5 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1416.

¹⁹⁸ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 31 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5066; Rb. Arnhem 29 juni 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6921; CRvB 22 februari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ9845.

¹⁹⁹ Lamers & Ermers 2014, p.150; De Jong, *TAP* 2010, p. 238; Said, *TRA* 2020/14; CRvB 18 februari 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8164; CRvB 21 december 1994 ECLI:NL:CRVB:1994:ZB2567 (*Pizzabezorgers*); CRvB 12 oktober 2008, *LJN* BF7427 (*Museumgidsen*); CRvB 10 september 2009, *LJN* BJ8071; CRvB 13 maart 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC6895; CRvB 13 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU4291; CRvB 10 februari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS6283; CRvB 9 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7566; CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3434; CRvB 9 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS8934; CRvB 30 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV9083; CRvB 12 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1868; CRvB 19 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS4844; CRvB 11 januari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ7199; ACM 2020, p. 15.

²⁰⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.31 e.v.; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70; Verhulp 2018 (Position Paper), p. 5.

²⁰¹ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 4 en 6; HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, JAR 2015/133 (*Kriterion*); HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*).

wordt verricht onder andermans leiding en (financieel) risico, de vrijheid om de tijd, plaats en inhoud van het werk te kiezen, de mate waarin mee wordt gedeeld in commerciële risico's van de werkgever en de duur van arbeidsrelatie.²⁰² Hoewel in de fiscale rechtspraak de nadruk lijkt te liggen op het materiële gezagscriterium²⁰³, wordt ook de formele benadering in de fiscale rechtspraak toegepast.²⁰⁴ Zo werd bij een piloot van Ryanair aangenomen dat er sprake was van gezag omdat de piloot geen eigen middelen had om zijn werkzaamheden uit te voeren en financieel ingebed was in de onderneming.²⁰⁵

Ook uit het rapport van de Commissie Regulering Werk volgt het advies om het gezagscriterium te moderniseren.²⁰⁶ A-G de Bock heeft in haar uitgebreide conclusie bij het Participatie-arrest belangwekkend uiteengezet hoe dit moderne gezagscriterium ingekleed zal kunnen worden.²⁰⁷ Zij geeft aan dat er niet zozeer zal moeten worden gezocht naar 'harde criteria' voor het aannemen van gezag, maar meer naar algemene gezichtspunten. Reden hiertoe is dat iedere vorm van afbakening zal leiden tot een nieuwe manier voor ontwijking van de toepassing van artikel 7:610 BW,²⁰⁸ en het vastleggen van meer definities zal dit niet tegengaan.²⁰⁹ De organisatorische inbedding van de werkzaamheden zouden daarom een meer centrale rol moeten krijgen voor de beoordeling van de aanwezigheid van gezag.²¹⁰ Zoals hierboven reeds aangegeven, sluit dit ook aan bij de beoordeling van de HvJ EU en de Centrale Raad van Beroep. De Bock is tevens, en zeer terecht, van mening dat ook het 'wezen voor schijn' hierbij moet worden gehanteerd zodat er door eventuele schijnconstructies heengekeken kan worden.²¹¹ Tot slot zal volgens haar ook de 'economische realiteit' moeten worden meegewogen, waarbij gekeken moet worden of er sprake is van een zekere mate van ondernemerschap. Dit punt sluit eveneens aan bij de benadering van het HvJ EU.²¹² Het lijkt rechtvaardig om de mate van organisatorische inbedding van de arbeidskracht gewicht toe te kennen bij het beoordelen van de aan- of afwezigheid van het gezag, maar dit is geen kort, bondig en waterdicht criterium.²¹³ Dat is, zoals hierboven aangegeven, mogelijk ook niet wenselijk om schijnconstructies tegen te kunnen gaan.

De Hoge Raad heeft zich helaas nog niet uitgelaten over het 'moderne gezagscriterium',²¹⁴ maar de benadering uit de conclusie van A-G de Bock bij het Participatieplaats-arrest lijkt wel een koers te hebben ingezet. Zo blijkt namelijk uit de beoordeling van het hof in de recente Deliveroo-uitspraak.²¹⁵ Voor de aard van de werkzaamheden bij Deliveroo zijn weinig aanwijzingen nodig en is er relatief veel vrijheid.²¹⁶ Volgens het hof hoeft dat niets te zeggen over het gezag. Het hof heeft van belang geacht dat het bezorgen van maaltijden een 'kernactiviteit' zijn van Deliveroo.²¹⁷ Het gezag blijkt volgens het hof tevens uit het herhaaldelijk aanpassen van de contractsvorm, de manier waarop de werkzaamheden zijn georganiseerd, een bonussysteem voor het aannemen van bepaalde ritten, een eenzijdig betaalsysteem en de controles middels GPS waarmee wordt bijgehouden waar een bezorger zich bevindt.²¹⁸ Ten slotte is meegewogen dat de bezorgers zich niet manifesteren als ondernemers.²¹⁹

²⁰² Said, *TRA* 2020/14; HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*), r.o. 36; Verhulp 2018 (Position Paper), p. 4; HvJ EG 3 juli 1986, 66/85 (*Lawrie/Blum*); HvJ EU 20 november 2001, C-268/99 (*Jany and others*); HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*); HvJ EG 16 december 1975, cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jur. 1975, p. 1663, onder 476 (*Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e.a. v Commissie*).

²⁰³ Lamers & Ermers 2014, p. 149; Hof Amsterdam 18 december 2002, *LJN* AF3011; Hof Amsterdam 12 februari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5240; Hof Amsterdam 25 september 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN7966; Hof Amsterdam 21 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO9136; Hof 's Hertogenbosch 28 mei 2010, *LJN* BM8457, HR 17 juni 2005, *LJN* AT7633; Hof Amsterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5113; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).

²⁰⁴ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.19; Van der Wiel - Rammeloo 2008, p. 104-105; Van den Berg, *Bju* 2010, par. 2.11.5.

²⁰⁵ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 5; Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (*piloot*).

²⁰⁶ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

²⁰⁷ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

²⁰⁸ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.8; Pennings 2018, p. 65-85, par 5.3.

²⁰⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.8; Duk, *TAC* 2020/1, p. 10.

²¹⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.71.

²¹¹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.73.

²¹² PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.74-75.

²¹³ Said, *TRA* 2020/14.

²¹⁴ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

²¹⁵ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

²¹⁶ Seghrouchni, *Bb* 2021/49; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.1.

²¹⁷ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.4; HR 17 november 1978, NJ 1979, 140, (*Ponstypiste*).

²¹⁸ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.6–3.9.11; Seghrouchni, *Bb* 2021/49.

²¹⁹ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.12; Seghrouchni, *Bb* 2021/49.

3.3.2 Gezag tijdens de coronacrisis

Sinds februari 2020 heeft de coronacrisis ervoor gezorgd dat het werk in rap tempo anders georganiseerd moest worden. Als gevolg van de coronamaatregelen zijn gemiddeld de helft van de Nederlandse arbeidskrachten op advies van het kabinet thuis gaan werken.²²⁰ Met name hoog opgeleide werknemers zijn thuis aan het werk.²²¹ De werknemers die (deels) thuis zijn gaan werken zijn volgens het onderzoek van TNO 87% van mening dat het werk is veranderd, doordat zij andere taken of werkzaamheden hebben gekregen.²²² Doordat arbeidskrachten meer thuis aan het werk gingen, is het denkbaar dat het gezag verwatert. Werkverschaffers hebben immers minder zicht op de uitvoering van het werk wanneer dit vanuit huis geschiedt dan wanneer de arbeidskrachten op de werkplaats aanwezig zijn.

Doordat de beoordeling van het gezag enigszins is meebewogen met de economische en maatschappelijke ontwikkelingen, lijkt het vele thuiswerken als gevolg van de coronacrisis hier geen aanslag op te zijn. Er was al zichtbaar dat arbeidskrachten steeds autonomer zijn er minder tot geen behoefte is aan inhoudelijke instructies van de werkverschaffer. Dit hoeft niet in de weg te staan aan het bestaan van gezag. Wanneer de werkzaamheden vanuit huis worden uitgevoerd, onder dezelfde organisatorische richtlijnen en de werkgever de bevoegdheid heeft om eventuele instructies te geven, oftewel 'enigerlei zeggenschap' te kunnen hebben over de uitvoering van het werk²²³, zal dit evenwel kunnen leiden tot een gezagsverhouding.²²⁴

²²⁰ TNO 2020, p. 24.

²²¹ TNO 2020, p. 28; TNO 2021, p. 27.

²²² TNO 2021, p. 27.

²²³ Zwemmer 2012, p. 20; HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168 (*Management consultants Europe BV/Schoenmaker c.s.*).

²²⁴ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 41; Verhulp 2018 (Position Paper); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.14; Verhulp, in: *Deining* 2019, p. 255-262; HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, NJ 1994/757 m.nt. Stein (*Imam*), rov. 3.4; HR 16 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1445, NJ 1996/329 m.nt. Brunner (*NN/Woudsend*).

4. Het element 'gedurende een zekere tijd' uit artikel 7:610 BW

4.1 Inleiding

Het element 'gedurende een zekere tijd', zoals in hoofdstuk 2 kort aan bod is gekomen, is eveneens een element uit de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW.

4.2 Reikwijdte

In de wetenschappelijke literatuur wordt met name beredeneerd dat 'gedurende een zekere tijd' een omstreden element ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst is, omdat het 'geen onderscheidende' betekenis heeft.²²⁵ Naar de heersende opvatting wordt dan ook aangenomen dat het geen zelfstandig element betreft om een arbeidsovereenkomst aan te nemen.²²⁶

Volgens de Memorie van Toelichting is het element 'gedurende een zekere tijd' destijds opgenomen in de Wet op de Arbeidsovereenkomst om de duurzaamheid van de arbeidsrelatie te duiden en daarmee te onderscheiden van het 'verrichten van enkele diensten'. Een zelfstandig en onderscheidend element is het volgens de Memorie echter niet. Toch maakt het element nog steeds deel uit van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst. Reden hiervoor is dat het denkbaar is dat het duurelement van belang is, wanneer het gezagscriterium 'weinig reliëf' biedt.²²⁷

Zowel in de wet als jurisprudentie wordt niet toegelicht wat de (minimale) omvang van de tijdsduur moet zijn. Dit zal ook lastig te duiden zijn, aangezien een arbeidsovereenkomst voor enkel een paar uren of een dag ook denkbaar is.²²⁸ Het is dan ook de vraag in hoeverre er in zo'n kortdurend geval gesproken kan worden van een zeker 'duurelement'.

Doordat er steeds meer vormen van flexibele arbeid zichtbaar zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt, voor soms korte maar ook voor langere tijd, is het de vraag of het element 'gedurende een zekere tijd' ten opzichte van de overeenkomst van opdracht van betekenis kan zijn. Echter schijnt de grotere mate van flexibele arbeidsrelaties, waarbij een wisselende arbeidsinzet wordt gevraagd, wel een reden te zijn dat het element in de wettekst gehandhaafd blijft en aldus van betekenis zou kunnen zijn.²²⁹

Wanneer de werkzaamheden van zeer minimale omvang zijn, bijvoorbeeld slechts een paar keren per jaar, kan er in principe geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.²³⁰ De duur van een arbeidsrelatie zou in de gevallen waarin het gezagscriterium 'weinig reliëf' heeft, mede kunnen bepalen of er sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst.²³¹ Hoe dit in de praktijk exact werking moet krijgen is nog onduidelijk, aangezien er tot dusver in de jurisprudentie van de Hoge Raad minimaal waarde wordt gehecht aan dit element.²³² Daar wordt veelal aan de hand van de overige drie criteria beoordeeld of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.²³³ De Centrale Raad voor Beroep heeft het 'gedurende tijd' aspect echter in een aantal zaken wel enigszins meegewogen.²³⁴ Zo werd geoordeeld dat een figurant, die niet meer dan gedurende een dag of dagdeel bij een opname was, een incidentele dienst leverde en daarmee niet gedurende een zekere tijd in dienst van de werkgever stond.²³⁵ En zo werd in het Kuikenvangers-arrest geoordeeld dat 'in tijd gemeten zeer marginale arbeidsprestatie onder omstandigheden ertoe kan leiden dat geen werkgeversgezag wordt uitgeoefend'.²³⁶ De werkzaamheden van de kuikenvangers zouden een te incidenteel karakter kennen. De kuikenvangers werden in wisselende vangploegen ongeveer zes keer

²²⁵ Van Drongelen & van Rijs, *MSR* nr. 27 2012/2.2.7; Meijers 1923-1924, p. 33; Van der Heijden, 1991, p. 51-52; Loonstra & Zondag 2010, p. 95; Trap, in: *De werknemer in beweging* 2007, p. 31.

²²⁶ Alt, *MSR* nr. 71 2017/5.2.3; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/25; Meijers 1923-1924, p. 33; Van der Heijden, 1991, p. 52; Van der Grinten, 2020, p. 5; Loonstra & Zondag 2020, p. 153.

²²⁷ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

²²⁸ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

²²⁹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/25; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.5; Bennaars 2018 (Position Paper); Kruit & Ouwehand, *TRA* 2018/58, 4.4.1.

²³⁰ Kruit & Ouwehand, *TRA* 2018/58, 4.4.1.

²³¹ Rapport werken buiten dienstbetrekking 2019, p. 7 en 16; Verhulp, in: *T&C BW*, artikel 7:610, aant. 1.d; Bles 1907-1909, p. 326; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 14.

²³² *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 14.

²³³ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.5; HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887, *NJ* 2001/594 m.nt.

Verhulp (*Gouden Kooi*), r.o. 3.3.3; HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495, *NJ* 1998/149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4; HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *NJ* 2017/370 (*Care4Care*) m.nt. Verhulp onder *NJ* 2017/371, rov. 3.5.

²³⁴ Van Drongelen & Van Rijs. *MSR* nr. 27 2012/2.2.7; CRvB 6 april 1972, *RSV* 1972, 214 (*Fruitpluksters*); CRvB 2 mei 1986, *RSV* 1987,155; CRvB 15 december 1993, *RSV* 1994,169 (*Kuikenvangers*); CRvB 23 oktober 1995, AB 1996; CRvB 10 juli 2003, *RSV* 2003/255.

²³⁵ CRvB 10 juli 2003, *RSV* 2003/255.

²³⁶ CRvB 15 december 1993, *RSV* 1994,169 (*Kuikenvangers*).

per jaar ingezet gedurende een avond/nacht en moesten dan een eenvoudige prestatie leveren. Door de simpele aard van de werkzaamheden was het niet aannemelijk dat er instructies werden gegeven voor de uitvoering van de werkzaamheden. Blijkens het Kuikenvangers-arrest kan het element 'gedurende een zekere tijd' onder bepaalde omstandigheden een verlengstuk zijn van het al dan niet duiden van de gezagsverhouding. Wanneer er namelijk sprake is van relatief eenvoudige werkzaamheden, waarbij eigenlijk geen instructies worden gegeven, zal er niet gauw een gezagsverhouding worden aangemerkt. Ingeval de arbeidskracht tevens voor een slechts minimale tijdsomvang werkzaam is geweest, kan dit versterken dat er geen gezagsverhouding bestaat.²³⁷

4.2.1 Ondersteunend element bij organisatorische inbedding

In het vorige hoofdstuk kwam het gezagscriterium aan bod. Daaruit blijkt dat de organisatorische inbedding van de arbeidskracht enigszins een rol zou kunnen spelen voor het aannemen van gezag. Wanneer er sprake is van een structureel karakter van de werkzaamheden kan organisatorische inbedding onder meer worden aangenomen.²³⁸ Onder structureel kan worden verstaan een 'intensief en regelmatig arbeidspatroon (...) waarbij sprake was van een roostermatige indeling'²³⁹ of het 'vrijwel dagelijks (...) worden ingepland'.²⁴⁰ Er kan ook sprake zijn van een structureel karakter wanneer er sprake is van een concreet aantal uren of momenten waarop arbeid wordt verricht.²⁴¹ Indien werkzaamheden slechts incidenteel voorkomen, kan dat ertoe leiden dat er geen sprake is van een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering.²⁴² Vooropgesteld is het niet zo dat een structureel karakter van de werkzaamheden per definitie leidt tot een organisatorische inbedding en daarmee een gezagsverhouding. Alle feitelijke omstandigheden van het geval zijn immers van belang.

4.2.2 Rechtsvermoedens

Sinds de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid zijn de rechtsvermoedens vastgelegd in artikel 7:610a en 7:610b BW.²⁴³ Deze artikelen zijn ingevoerd om meer zekerheid te kunnen bieden aan werknemers in flexibele arbeidsrelaties.²⁴⁴

Blijkens artikel 7:610a BW wordt er vermoed sprake te zijn van een arbeidsovereenkomst wanneer de arbeidskracht tegen beloning gedurende drie opeenvolgende maanden, wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uren per maand arbeid verricht voor een ander. Door het bestaan van deze wetsartikelen, lijken de duur en omvang van de werkzaamheden van belang te kunnen zijn. Echter blijkt dat bij het invoeren van de rechtsvermoedens voornamelijk een oordeel wordt geveld over de overige elementen arbeid, loon en gezag.²⁴⁵

In het recente Deliveroo/FNV-arrest is overigens wel aandacht besteed aan de rechtsvermoedens in combinatie met het element 'gedurende zekere tijd'. Deliveroo beschikte namelijk over gedetailleerde informatie van de bezorgers ten aanzien van het aantal gewerkte uren per maand. Dit kwam uit op gemiddeld meer dan twintig uren per maand. Er werd daarom aangenomen dat er op grond van het rechtsvermoeden sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar dit geen consequenties heeft voor het uiteindelijke oordeel van het hof.²⁴⁶ Uit het Deliveroo/FNV-arrest blijkt dat de verrichte arbeid geen verwaarloosbare omvang mag hebben. FNV verwijst voor het niet zijnde van 'verwaarloosbare omvang' naar het criterium uit de sociale zekerheidswetgeving en Richtlijn Transparante Arbeidsvoorwaarden van minimaal vijf uren per week.²⁴⁷

²³⁷ CRvB 15 december 1993, RSV 1994,169 (*Kuikenvangers*).

²³⁸ Said, *TRA* 2020/14.

²³⁹ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 31 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5066.

²⁴⁰ Said, *TRA* 2020/14; Rb. Arnhem 29 juni 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6921.

²⁴¹ Said, *TRA* 2020/14; CRvB 22 februari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ9845; Rb. Gelderland 6 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1863.

²⁴² Said, *TRA* 2020/14; CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3434.

²⁴³ Wet flexibiliteit en zekerheid, wet van 14 mei 1998, Stb. 1993/300

²⁴⁴ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/34.

²⁴⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/35.

²⁴⁶ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.10.1.

²⁴⁷ HR 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.10.2 en 3.10.4; Richtlijn EU 2019/1152.

5. Bescherming schijnzelfstandige op grond van artikel 7:610 BW

5.1 Inleiding

De groep schijnzelfstandigen in Nederland groeit als gevolg van de flexibilisering van de arbeidsmarkt. Er kan hierbij gedacht worden aan een zogenaamde zzp'er die schoonmaakwerkzaamheden verricht voor een grote onderneming en de eerder aangehaalde klusjesman die eveneens als zzp'er bij zijn werkgever werkzaamheden gaat verrichten. Zij menen een overeenkomst van opdracht te sluiten met hun opdrachtgever en op die wijze een onafhankelijke relatie met elkaar te hebben.²⁴⁸

Doordat er tussen deze zzp'er en werkverschaffer een overeenkomst van opdracht op grond van artikel 7:400 BW wordt gesloten, wordt er verondersteld dat de zzp'er ondernemer is. Het is echter de vraag in hoeverre dat aan de orde is, op het moment dat de zzp'er, of freelancer, geen keuze had bij het sluiten van de overeenkomst. Met name wanneer deze zich in een kwetsbare positie bevindt omdat hij niet in de situatie zit om zijn eigen tarieven te bepalen, en zichzelf daardoor onvoldoende kan voorzien van een sociaal vangnet.²⁴⁹ Dit is problematisch voor deze groep schijnzelfstandigen aan de onderkant van de arbeidsmarkt.

5.2 (Schijn)zelfstandigheid

Zoals eerder vermeld, vinden de termen 'zzp'er' en 'freelancer' geen grondslag in de wet. Deze zelfstandigen menen werkzaamheden bij een opdrachtgever te verrichten met een overeenkomst van opdracht.²⁵⁰ Voor hen geldt in principe geen arbeidsrechtelijke bescherming, welke doorwerkt in de fiscaliteit en sociale zekerheid.²⁵¹ Zelfstandigen hebben in beginsel dan ook een andere maatschappelijke positie, omdat zij zichzelf moeten indekken voor eventuele risico's zoals bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid, ongevallen of inkomensderving.²⁵² Deze risico's horen bij het (bewuste) ondernemerschap.²⁵³

5.2.1 Onafhankelijke zelfstandige

De zelfstandigen die bewust voor het ondernemerschap kiezen, doen dit met name voor de grote mate van vrijheid die dat met zich meebrengt.²⁵⁴ De onafhankelijke zelfstandige zal immers zelf het werk inrichten naar eigen voorkeuren.²⁵⁵ Over het algemeen is dit een zelfstandige die willens en wetens kiest voor de risico's (en voordelen) van het ondernemerschap, maar deze ook in principe kan dragen. De kern van het ondernemerschap is aldus het lopen van risico's. Onafhankelijke zelfstandigen kiezen er bewust voor om niet te vallen onder de arbeidsrechtelijke ondergeschiktheid en de bescherming die er geldt voor de werknemer.²⁵⁶ Deze arbeidskrachten zijn gekwalificeerd en zullen doorgaans een uniek aanbod hebben door bijvoorbeeld specifieke kennis en kunde. Daarbij hebben zij de mogelijkheid om zelf prijzen vast te stellen voor het leveren van hun diensten.²⁵⁷

5.2.2 Afhankelijke zelfstandige

Naast de groep bewuste en onafhankelijke zelfstandigen, bestaat er ook een groep afhankelijke zelfstandigen. Zij hebben niet willens en wetens de keuze gemaakt om werkzaam te zijn als 'zelfstandige' met een overeenkomst van opdracht. Mochten zij al suggereren dat zij bewust de keuze hebben gemaakt om als zelfstandige aan de slag te gaan, zijn zij zich veelal niet bewust van de risico's die het ondernemerschap met zich meebrengt.²⁵⁸ Zij menen flexibel aan het werk te kunnen en

²⁴⁸ Lamers & Ermers 2014, p. 149.

²⁴⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 31 311, 207, p. 3; Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.10; Houweling 2017, p. 454-455; Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, p. 3 (*MvT*), www.internetconsultatie.nl.

²⁵⁰ Artikel 7:400 BW.

²⁵¹ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Van Steenberghe & Wits, *TRA* 2020/91.

²⁵² Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021); *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 3; Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.10; Houweling 2017, p. 454-455; Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, p. 3 (*MvT*), www.internetconsultatie.nl.

²⁵³ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021).

²⁵⁴ Dekker 2013, p. 19; Vroonhof et al., 2008.

²⁵⁵ Wielers, *TvA* 2019 (35) 2, p. 123.

²⁵⁶ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Westerveld 2011.

²⁵⁷ *IBO-rapport* 2015, p. 45.

²⁵⁸ Lamers, *RSV* 2020/233, p. 959.

te genieten van de (fiscale) ondernemersvoordelen. Echter is het de vraag of zij voldoende op de hoogte zijn van alle risico's van het ondernemerschap en zich daar voldoende voor hebben verzekerd.²⁵⁹ Dit speelt doorgaans bij zogenaamde zelfstandigen die tamelijk eenvoudige werkzaamheden uitvoeren waarvoor vrijwel geen specifieke kennis vereist is.²⁶⁰ De werkverschafter zal de tarieven kunnen bepalen, welke de zelfstandige dan maar moet accepteren, anders zal de werkverschafter voor een andere arbeidskracht kiezen.²⁶¹ Hierdoor is er tevens sprake van concurrentie onder deze groep arbeidskrachten. Voor de zelfstandige resulteert dit erin dat zij vaak niet de mogelijkheid hebben een zekere buffer op te bouwen voor eventuele perioden waarin het werk vermindert of zelfs wegvalt.²⁶² Door de onmogelijkheid voor deze arbeidskracht om zelf de tarieven te bepalen, is hij doorgaans werkzaam voor een laag tarief waarbij de mogelijkheid tot winst maken ontbreekt. Dit probleem openbaart zich bij de arbeidskrachten die geen kans krijgen om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, en bij het gebrek daaraan zich als zelfstandige opstellen.²⁶³ Werkverschaffers zullen om kosten van een dure werknemer te besparen, zoals hierboven reeds naar voren gebracht, de voorkeur hebben om een overeenkomst van opdracht te sluiten met deze arbeidskrachten. De status van zelfstandige wordt in die gevallen door de maatschappij en de werkverschafter aan deze 'flexibele' arbeidskracht opgelegd.

Deze groep wordt ook wel aangeduid met het begrip 'schijnzelfstandigen', waar arbeidskrachten onder worden verstaan die op grond van geldende regelgeving alsmede de feiten en omstandigheden mogelijk 'een arbeidsovereenkomst zouden moeten hebben en dan dus voor de fiscaliteit en sociale zekerheid als werknemer moeten worden behandeld, maar in de praktijk worden behandeld als zelfstandige'.²⁶⁴ In de praktijk uit deze schijnzelfstandigheid zich doordat de freelancer of zzp'er doorgaans werkzaam is voor één opdrachtgever, nagenoeg hetzelfde werk verricht als de werknemers, maar zich laat 'inhuren' als zelfstandige.²⁶⁵ Er is hierbij geen sprake van ondernemersrisico, wat immers het hoofdkenmerk van een zelfstandige is.²⁶⁶ Deze schijnzelfstandige verdient dan ook dezelfde behandeling als de werknemers.²⁶⁷ Zo komt het voor dat ex-werknemers aan het werk gaan voor hun voormalig werkgever en zij een overeenkomst van opdracht sluiten.²⁶⁸ In feite wijzigt er dan weinig, er wordt nog steeds gewerkt voor één opdrachtgever en de arbeidskracht zal instructies moeten opvolgen. In dat geval is er nog steeds sprake van volledige afhankelijkheid van de werkverschafter.²⁶⁹ De arbeidsrechtelijke bescherming ontbreekt echter.²⁷⁰

In het FNV/Kiem-arrest heeft de HvJ EU zich uitgelaten over schijnzelfstandigen. Om te bepalen of er sprake is van schijnzelfstandigheid heeft het HvJ EU de mate van afhankelijkheid van de opdrachtgever van belang geacht, het al dan niet dragen van eventuele commerciële en/of financiële risico's, de mate waarin de werkzaamheden deel uitmaken van de onderneming en de vrijheid om het werk in te richten.²⁷¹

5.3 Schijnzelfstandigheid onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW

Zoals meermaals naar voren is gebracht, ontstaat er arbeidsrechtelijke bescherming wanneer de arbeidsrelatie voldoet aan de kwalificatie van artikel 7:610 BW. Deze bescherming werkt door in het fiscale en sociale zekerheidsrecht. De (schijn)zelfstandigen sluiten met hun opdrachtgever doorgaans een overeenkomst van opdracht en hierin wordt veelal expliciet vastgelegd dat partijen uitsluitend een overeenkomst van opdracht aangaan en niet de intentie hebben een arbeidsovereenkomst te sluiten.²⁷²

Vooropgesteld zal er moeten worden beoordeeld of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, aangezien artikel 7:400 lid 2 BW dwingendrechtelijk uitsluit dat wanneer een

²⁵⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.8; Mertens 2018, par. 5.3 en 5.4; De Reus 2020, hfst. 3; CBS 2014, p. 5-6 en 14.

²⁶⁰ IBO-rapport 2015, p. 45.

²⁶¹ Dekker 2013, p. 86; Lamers, RSV 2020/233, p. 959; IBO-rapport 2015, p. 45.

²⁶² IBO-rapport 2015, p. 45.

²⁶³ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021).

²⁶⁴ Koot – Van der Putte, MSR nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; Boot, TRA 2012/84; Koot - Van der Putte & Strating, *Zeggenschap* 2009, p. 44-46; Pennings, TRA 2015/33; Stege, AR 2016/44; De Laat, TRA 2017/69; *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1 en 3

²⁶⁵ IBO-rapport 2015.

²⁶⁶ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (FNV/Kiem); Boot, TRA 2016/44.

²⁶⁷ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (FNV/Kiem); Boot, TRA 2016/44.

²⁶⁸ Dekker 2013, p. 19.

²⁶⁹ Dekker 2013, p. 19; Kautonen e.a., 2010.

²⁷⁰ Wielers, TvA 2019 (35) 2, p. 123.

²⁷¹ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (FNV/Kiem).

²⁷² Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*), r.o. 10 en 28.

overeenkomst te kwalificeren is als een arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW, er geen sprake kan zijn van een overeenkomst van opdracht.²⁷³

5.3.1 Partijbedoeling voor kwalificatie arbeidsovereenkomst minder relevant

De Hoge Raad heeft in het Participatieplaats-arrest geoordeeld dat de partijbedoeling geen rol mag spelen bij de kwalificatievraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst.²⁷⁴ Dit betekent dat de zinsnede in de overeenkomst van opdracht, waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven dat partijen geen arbeidsovereenkomst sluiten, geen enkele waarde toekomt. De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst moet worden beoordeeld naar de elementen 'gezag', 'het verrichten van (persoonlijke) arbeid', 'loon', 'gedurende een zekere tijd'. Er dient hierbij gekeken te worden naar de feitelijke uitvoering van de overeenkomst waarbij van belang is hoe partijen zich richting elkaar gedragen op het gebied van werkinhoud²⁷⁵ en hoe partijen omgaan met de organisatie van de werkzaamheden.²⁷⁶

5.3.2 Gezag

Zoals eerder vermeld is het gezagscriterium de meest onderscheidende, aangezien een opdrachtnemer in principe niet ondergeschikt is aan de opdrachtgever.

De economische en maatschappelijke ontwikkelingen hebben met zich meegebracht dat het gezagscriterium breder wordt geïnterpreteerd. Niet enkel de instructiebevoegdheid van de werkgever ten opzichte van de invulling van het werk kan van belang zijn, maar ook de organisatorische omstandigheden.²⁷⁷ Wanneer een arbeidskracht vrijheid heeft in de uitvoering van de werkzaamheden, hoeft dit een gezagsverhouding niet in de weg te staan.²⁷⁸

Zoals eerder vermeld wordt er gepleit voor een moderne invulling van het gezagscriterium.²⁷⁹ Hiervoor wordt de organisatorische inbedding van de arbeidskracht in de onderneming van belang geacht.²⁸⁰ Wanneer een schijnzelfstandige slechts werkzaam is bij één opdrachtgever, zich aan de voorschriften van de onderneming moet houden en werkzaamheden uitvoert die behoren tot de kernactiviteiten, zal het (moderne) gezag hoogstwaarschijnlijk aangenomen worden. In dit kader zijn ook de bezorgers van Deliveroo onderhevig aan gezag, zo oordeelde het hof onlangs. Deliveroo wenst namelijk controle uit te oefenen op de werkzaamheden, invloed te hebben op de uiterlijke gedragingen en de bezorgwerkzaamheden zijn aan te merken als kernactiviteit van de onderneming.²⁸¹ Wanneer de insteek van het moderne gezagscriterium zal worden gevolgd, waar reeds door het hof in het Deliveroo/FNV-arrest gevolg aan lijkt te zijn gegeven, zal dit ten gunste kunnen bijdragen aan toename van de arbeidsrechtelijke bescherming voor de schijnzelfstandigen.

5.3.3 Loon

Zowel in artikel 7:610 BW als in artikel 7:405 BW wordt gesproken over het begrip 'loon'. Voor werknemers en opdrachtnemers geldt dat zij beide worden beloond voor hun tegenprestatie. Het loonbegrip is breed uitlegbaar.²⁸² Zo werd bijvoorbeeld in het Beurspromovendi-arrest geoordeeld dat het verstrekte stipendium door de universiteit aan de promovendi, kan worden aangemerkt als loon.²⁸³ En ook in het Deliveroo/FNV-arrest is geoordeeld dat de betaling die de bezorgers ontvangen kan worden gezien als loon.²⁸⁴ Doorgaans zal de tegenprestatie aan een schijnzelfstandige dan ook gauw voldoen aan dit element. De rechter lijkt mee te kunnen wegen hoe de wijze van beloning is ingekleed, maar dit is op zichzelf niet doorslaggevend en beoordeelt dit naar aanleiding van alle omstandigheden van het geval.²⁸⁵

²⁷³ Lamers & Ermers 2014, p. 147; Asser/Tjong Tjin Tai 2009, nr. 36 en 48.

²⁷⁴ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*), r.o. 3.2.2.

²⁷⁵ Trap, AR 2007/24; Loonstra & Jansen, *NJB* 1998, 18, p. 817 - 821; Jansen & Loonstra 1997.

²⁷⁶ Trap, AR 2007/24; HR 17 april 1984, NJ 1985, 18 (*Animeermeisjes*).

²⁷⁷ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017.

²⁷⁸ HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*).

²⁷⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.31 e.v.; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70; Verhulp 2018 (Position Paper), p. 5.

²⁸⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.71.

²⁸¹ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.9.1 e.v.

²⁸² Artikel 7:617 lid 1 sub a t/m e BW.

²⁸³ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*), r.o. 4.5.1.

²⁸⁴ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.8.1–3.8.4.

²⁸⁵ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.4 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938 JAR 2019/268.

5.3.4 Gedurende zekere tijd

Er is op grond van de wet geen minimale omvang vereist om een arbeidsovereenkomst aan te nemen, maar wanneer er slechts sprake is van een zeer minimale omvang en werkzaamheden van incidentele aard, kan getwijfeld worden aan dit 'duur'element.²⁸⁶ Ingeval van incidentele werkzaamheden betekent dit overigens niet per definitie dat er geen arbeidsovereenkomst kan worden aangenomen. Van belang is in hoeverre er werkgeversgezag kan worden uitgeoefend gedurende die incidentele werkzaamheden.²⁸⁷ Bij eenvoudige en incidentele werkzaamheden zal kunnen worden aangenomen dat hiertoe geen mogelijkheid bestaat. Verondersteld wordt, blijkens het Deliveroo/FNV-arrest, dat van belang is dat de verrichte arbeid geen verwaarloosbare omvang heeft.²⁸⁸

Typierend voor de schijnzelfstandige is dat deze doorgaans werkzaam is voor één werkverschaffer en dit zal veelal niet van incidentele aard zijn.²⁸⁹ Aan dit element lijkt dan ook relatief gauw te worden voldaan, des te meer nu er in de rechtspraak weinig tot geen zelfstandige waarde aan wordt gehecht.²⁹⁰

5.3.5 (Persoonlijk) arbeid verrichten

Het verrichten van arbeid is een ruim begrip en zal relatief snel aan worden voldaan. In beginsel moet arbeid persoonlijk door de werknemer worden verricht. Slechts met toestemming van de werkgever kan de arbeid door een derde worden vervangen.²⁹¹ Er is louter geen sprake van een arbeidsovereenkomst wanneer alle arbeid willekeurig door een ander kan worden vervangen.²⁹² De enkele mogelijkheid tot vervanging staat het bestaan van een arbeidsovereenkomst dus niet zomaar in de weg.²⁹³ Kijkend naar de bezorgers van Deliveroo is aangenomen dat voor zover de werkverschaffer zicht en enige toestemming wordt gevergd, er geen sprake is van vrijelijke vervanging die ziet op alle werkzaamheden waardoor er op deze grond sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst.²⁹⁴ Wanneer er in dit verband wordt gekeken naar de arbeidsrelatie tussen mevrouw Groot en Diosynth lijkt aannemelijk dat kan worden aangenomen dat er sprake was van het persoonlijk arbeid verrichten door mevrouw Groot. Er bestond een mogelijkheid tot vervanging, maar slechts bij uitdrukkelijke toestemming van Diosynth. Daarnaast drong Diosynth er op aan dat de werkzaamheden door mevrouw Groot werden uitgevoerd.²⁹⁵ Alomvattend kan worden geconcludeerd dat een schijnzelfstandige dikwijls aan dit element zal voldoen, aangezien er slechts in zeer beperkte gevallen sprake zal zijn van de mogelijkheid tot vrijelijke vervanging die ziet op alle werkzaamheden.²⁹⁶

5.3.6 Afwachten toekomstige beoordeling Hoge Raad

De ontwikkelingen in de rechtspraktijk lijken gunstig uit te pakken om de groep schijnzelfstandigen onder de reikwijdte van artikel 7:610 BW te laten vallen. Het Participatieplaats-arrest heeft hier behoorlijk aan bijgedragen. Het uitsluiten van het bestaan van een arbeidsovereenkomst door het tactisch vormgeven van de onderliggende overeenkomst is niet meer mogelijk. De feitelijke beoordeling lijkt de schijnzelfstandige de arbeidsrechtelijke bescherming te kunnen bieden waar zij recht op hebben. De (nog) summiere rechtspraak sinds het Participatieplaats-arrest lijkt immers ook in die richting te wijzen.²⁹⁷ Het is echter nog afwachten wat de Hoge Raad in het vervolg zal gaan oordelen in rechtszaken die nog moeten dienen.²⁹⁸

²⁸⁶ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

²⁸⁷ CRvB 15 december 1993, RSV 1994,169 (*Kuikenvangers*).

²⁸⁸ HR 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.10.2 en 3.10.4.

²⁸⁹ Zie in dit kader Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

²⁹⁰ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

²⁹¹ Artikel 7:659 BW.

²⁹² *Alt*, MSR nr. 71 2017/5.2.3; HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*); Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/23.

²⁹³ Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213.

²⁹⁴ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.7.5.

²⁹⁵ HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

²⁹⁶ HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*).

²⁹⁷ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*); Rb. Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:545.

²⁹⁸ FNV heeft Hoger Beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rb. Amsterdam 1 juli 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (*FNV en eisers/Helping*). Daarnaast heeft FNV Uber en Temper gedagvaard.

6. Herijking en (beoogde) maatregelen

6.1 Inleiding

Door de roep om flexibele arbeidskrachten en de wens om kosten voor een dure werknemer te besparen, zijn werkverschaffers op zoek naar mogelijkheden om arbeidskrachten aan te trekken waarmee zij zowel flexibel kunnen inspelen op de arbeidsmarkt en tevens kosten kunnen drukken. Door deze roep om flexibiliteit aan de zijde van de werkverschaffer, en de toename van (schijn)zelfstandigen die op zoek zijn naar voldoende bescherming, is het de vraag of er een herijking van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW nodig is om aan te sluiten bij de hedendaagse arbeidsrechtpraktijk.

6.2 Herijking Groen/Schoevers

Doordat er slechts twee varianten arbeidsrelatie bestaan in Nederland, werd gepoogd, door strategisch vorm te geven aan de onderliggende overeenkomst, het bestaan van een arbeidsovereenkomst uit te sluiten.²⁹⁹ Hierdoor is het fenomeen ‘schijnzelfstandige’ ontstaan. De maatschappelijke en economische ontwikkelingen, de gewijzigde verhouding tussen werkverschaffer en arbeidskracht, en met name de rol van de partijbedoeling, heeft geleid tot de gedachte dat de arbeidsrelatie te manipuleren was.³⁰⁰ Deze ruimte heeft met name de Hoge Raad in het Groen/Schoevers-arrest gegeven.³⁰¹ Nu blijkt dat voor de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst het niet relevant is hoe partijen de overeenkomst onderling kwalificeren. Het gaat per slot van rekening om de feitelijke omstandigheden.³⁰²

Er heerste rechtsonzekerheid doordat niet helder was in hoeverre de partijbedoeling een rol kon spelen in het beoordelen van een arbeidsrelatie op grond van artikel 7:610 BW.³⁰³ De Hoge Raad heeft in het Participatieplaats-arrest duidelijkheid verschaft waar jarenlang naar is gezocht en over is gediscussieerd.³⁰⁴ Doordat de Hoge Raad middels dit arrest de ruimte uit het Groen/Schoevers-arrest heeft ingeperkt, is eindelijk de gewenste helderheid verschaft over de manier waarop de arbeidsovereenkomst beoordeeld moet worden.³⁰⁵ Zoals ook blijkt uit de position papers op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zat hier een aanzienlijk deel van de discrepantie.³⁰⁶ De koers die de Hoge Raad met het Participatieplaats-arrest heeft ingezet was hard nodig om het scheve systeem weer enigszins sturing te geven. En dit zal logischerwijs invloed hebben op de Nederlandse arbeidsmarkt.³⁰⁷

De Hoge Raad heeft zich echter (nog) niet uitgelaten over de holistische benadering die sinds het Groen/Schoevers-arrest wordt toegepast.³⁰⁸ Dit houdt in zoverre in dat de elementen uit artikel 7:610 BW in onderling verband moeten worden gezien, waarbij de omstandigheden van het geval in meer of mindere mate moeten worden meegewogen.³⁰⁹ Een uniforme benadering door rechters wordt door deze benadering discutabel, omdat zij de gelegenheid krijgen de elementen onderling te compenseren.³¹⁰ Er lijkt in dat geval sprake van een algeheel beeld waaruit moet blijken of er al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.³¹¹ Dat de partijbedoeling bij de holistische benadering geen rol meer speelt, is een begin. In de wetenschappelijke literatuur wordt, terecht, gepleit voor het volledig afscheid nemen van de holistische benadering.³¹² Uitgangspunt zal moeten zijn dat wanneer er wordt voldaan aan de elementen uit dit wetsartikel, er sprake is van een arbeidsovereenkomst.³¹³

De (gedeeltelijke) herijking van Groen/Schoevers is dus inmiddels ingezet. Maar het zal wenselijk zijn dat de Hoge Raad zich uitlaat over de holistische benadering die sinds 1997 wordt toegepast. Deze benadering lijkt namelijk nog steeds te worden toegepast, wat ook zichtbaar is bij de

²⁹⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.4.

³⁰⁰ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 41.

³⁰¹ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*).

³⁰² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*), r.o. 3.2.2.

³⁰³ Boot 2018 (Position Paper), p. 1 - 2.

³⁰⁴ Mauser, AR 2019/45; Van der Kind, SR 2007/70; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.18; Vegter, SR 2005/19; Trap, AR 2007/24.

³⁰⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

³⁰⁶ Verhulp 2018 (Position Paper); Boot 2018 (Position Paper).

³⁰⁷ Lamers, RSV 2020/233, p. 960.

³⁰⁸ HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4.

³⁰⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.3; Loonstra 2016, p. 69; Heerma van Voss, 7-V 2015, p. 1.

³¹⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.2; Duk 2018 (Position Paper), p. 3.

³¹¹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.6–6.7.

³¹² Zwemmer 2018 (Position Paper), p. 6; Duk 2018 (Position Paper), p. 4-5; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.9.

³¹³ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.9.

toetsing die het hof heeft losgelaten bij de recente Deliveroo/FNV-uitspraak. Hartlief merkt hierover op dat deze benadering niet zonder bezwaren is, want dit lijkt bovendien de mogelijkheid aan de opdrachtgevers te geven om 'aan de knoppen te draaien' en daardoor alsnog kan doen overkomen dat de arbeidskracht werkzaam is als 'ondernemer'.³¹⁴ Het is echter belangrijk dat door deze constructies heen wordt gekeken.

6.3 Herijking artikel 7:610 BW

Nu de interpretatieruimte uit het Groen/Schoevers-arrest is ingeperkt door het gewezen Participatieplaats-arrest, is het de vraag of voorts een herijking is vereist van de definitie van de arbeidsovereenkomst. De arbeidskracht van honderd jaar geleden is tenslotte niet meer te vergelijken met de hedendaagse arbeidskracht.³¹⁵ Vooropgesteld blijft echter dat de werknemer een ondergeschikte rol heeft. Ook al is er sprake van een hoger opleidingsniveau en meer autonomie, blijft er sprake van een zwakkere positie tegenover de werkverschaffer.³¹⁶ De ongelijkheidscompensatie als beschermingsgedachte is dus nog steeds actueel.³¹⁷

Daarnaast is het economisch resultaat van de werkzaamheden, ook in de toekomst, voor rekening en risico van de onderneming waar de arbeidskracht werkzaamheden verricht. Hierbij hoort de gezagsverhouding.³¹⁸ Ook het HvJ EU erkent het bestaan van gezag als belangrijk element voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarom zal hier in Nederland ook bij aangesloten moeten blijven.³¹⁹ Echter kan het bruikbaar zijn om het gezagscriterium in meerdere mate 'modern' te benaderen, aangezien dit beter lijkt de passen bij de hedendaagse praktijk.³²⁰ Zoals eerder is vermeld, zal er in dat geval meer nadruk moeten liggen op de mate van inbedding in de onderneming.³²¹ De Commissie Regulering van Werk bepleit om deze benadering vast te leggen in de wetgeving, om te voorkomen dat het gezagscriterium nog steeds traditioneel wordt uitgelegd. Of dit een wenselijk effect zal hebben, is maar zeer de vraag. Van belang is immers met name de gewenste (uniforme) benadering in de rechtspraak. In dit kader lijkt al een beweging zichtbaar die meer neigt naar de voorgestelde moderne invulling van het gezag.³²² Het zal wenselijk zijn dat de HR zich hierover uitlaat. Mocht Deliveroo in cassatie gaan, zal dit een welkom moment zijn.³²³ Gezien de rechtszekerheid zal dat een meer effectieve werking hebben dan het aanpassen van de wettekst op dit punt. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de wens om algemene gezichtspunten aan te brengen in plaats van 'harde criteria' voor het aannemen van gezag. Aangezien dit aldus zal kunnen leiden tot een nieuwe manier van ontwijking van de toepassing van artikel 7:610 BW.³²⁴

De overige elementen uit artikel 7:610 BW zijn destijds bewust overgenomen uit de wettekst uit 1907.³²⁵ Deze elementen lijken ook nog steeds relevant om bij de beoordeling in acht te nemen. Dat er immers sprake moet zijn van het verrichten van (persoonlijke) arbeid is onmiskenbaar. De arbeidskracht dient hiervoor logischerwijs beloofd te worden, wat ook als element is opgenomen in artikel 7:610 BW. Tot slot zal het element 'gedurende een zekere tijd' geen doorslaggevende betekenis toekomen, maar kan ondersteunend zijn bij het gezagscriterium wanneer deze weinig reliëf biedt.³²⁶ Een herijking van de wettekst van artikel 7:610 BW is dan ook niet vereist en zal desalniettemin leiden tot (meer) rechtsonzekerheid. Het gaat wederom om de benadering van deze elementen in de rechtspraak en het inperken van gegeven open normen.³²⁷

³¹⁴ Hartlief *NJB* 2021/650.

³¹⁵ Loonstra & Zondag 2010, p. 32 en 37.

³¹⁶ Lamers & Ermers 2014, p. 146.

³¹⁷ Loonstra & Zondag 2010, p. 36 – 37; Verhulp 2003, p. 6; Verhulp, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* 2003, p. 289–304.

³¹⁸ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³¹⁹ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³²⁰ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 4 en 6; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³²¹ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³²² HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*); Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.70.

³²³ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

³²⁴ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.8 en 9.71; Pennings 2018, p. 65-85, par 5.3; Duk, *TAC* 2020/1, p. 10.

³²⁵ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 13–14.

³²⁶ *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

³²⁷ *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017, p. ii-iii.

6.3.1 Rechtsvermoeden 'werknemer-tenzij'

Volgens de Commissie Regulering van Werk is een 'werknemer-tenzij' benadering mogelijkwerijs een uitkomst om schijnzelfstandigheid tegen te gaan.³²⁸ In lijn met het voorstel van de Commissie Regulering van Werk hebben Van Steenbergen en Wits een rechtsvermoeden van werknemerschap voorgesteld.³²⁹ Er wordt volgens het voorgestelde rechtsvermoeden aangenomen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst wanneer '(a) hij die arbeid verricht, verricht die arbeid zonder toezicht en zonder instructie van die ander, zowel op grond van de overeenkomst krachtens welke de arbeid wordt verricht als in feite; (b) hij die arbeid verricht, verricht werkzaamheden die buiten de gewoonlijk door de onderneming van de werkgever verrichte werkzaamheden vallen; (c) hij die arbeid verricht, houdt zich gewoonlijk bezig met een onafhankelijk begonnen vak, beroep of bedrijf van dezelfde aard als dat waarmee de verrichte arbeid te maken heeft'.³³⁰ Van Steenbergen en Wits stappen met deze benadering af van de holistische benadering. En zoals eerder betoogd, lijkt dat wenselijk.

Het kabinet verwerpt dit voorstel met de overweging dat het rechtsvermoeden kwetsbaar acht in Europeesrechtelijk oogpunt vanwege de algemene en brede formulering wat ervoor zal zorgen dat tegenbewijs voor de 'bewuste' zelfstandige lastig te leveren is.³³¹ Dit zal volgens minister Koolmees dan ook leiden tot onwenselijke resultaten en een inbreuk op de vrijheid van diensten.³³² Desalniettemin wordt wel gestart met een uitwerking van een rechtsvermoeden voor platformwerkers.³³³ Koolmees wijst er 'ter overvloede' op dat het aan het volgende kabinet is om de schijnzelfstandigheid verder aan te pakken, aangezien dat binnen het huidige kabinet niet meer zal gaan lukken.³³⁴

Onlangs heeft de Sociaal-Economische Raad (hierna: 'SER') een ontwerpadvies gegeven aan het kabinet over de hervorming van de Nederlandse arbeidsmarkt, waar ook het 'werknemer-tenzij' in terugkomt.³³⁵ De SER bestaat uit vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersvakbonden en deskundigen, zogenoemde 'kroonleden'. In het ontwerpadvies wordt onder andere geadviseerd om de zelfstandigenaftrek af te bouwen, een verplichte arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen en een minimumtarief van 30 à 35 euro per uur.³³⁶ Wanneer er minder dan dit tarief wordt verdiend, zal het rechtsvermoeden 'werknemer-tenzij' volgens de SER aan de orde moeten zijn. Dit ontwerpadvies lijkt te benadrukken dat er draagvlak is voor de 'werknemer-tenzij' benadering. Iets wat het komend kabinet niet meer zomaar aan de kant zou kunnen schuiven.

De 'werknemer-tenzij' benadering zal volgens Van Steenbergen en Wits vastgelegd kunnen worden in een separaat wetsartikel. Hierdoor wordt niet gesleuteld aan artikel 7:610 BW, wat aanbevelingswaardig is. Voor het separate wetsartikel zal een juiste formulering op zijn plaats zijn waardoor de genoemde risico's door minister Koolmees ingeperkt worden. Het voorgestelde vereiste van het uurtarief kan hierbij ondersteunen.

6.3.2 Tussencategorie

Zoals eerder vermeld heeft het HvJ EU zich in het FNV/Kiem-arrest uitgelaten over schijnzelfstandigheid. Daarin is geoordeeld dat dit vergelijkbaar is met de situatie van werknemers. Echter komt het HvJ EU tot het oordeel dat er een soort 'tussencategorie' bestaat, die niet als werknemer is aan te duiden maar ook niet als ondernemer.³³⁷ In Nederland bestaat er (nog) niet zo'n zogenaamde tussencategorie, maar is het enkel denkbaar dat een arbeidskracht werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht.

Er zijn landen die wel zo'n 'tussencategorie' kennen.³³⁸ Zo kent het Verenigd Koninkrijk de variant 'worker', waar ook de chauffeurs van Uber onder worden geschaard.³³⁹ Zo'n systematiek wordt in Nederland niet aangemoedigd. Destijds is bewust gekozen om geen systeem op te zetten met verschillende arbeidscategorieën omdat dat vooral zal leiden tot afbakeningsproblematiek.³⁴⁰ Het is daarnaast de vraag of het aanpassen van het Nederlandse systeem op dit punt zal leiden tot een

³²⁸ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 69–70 en 88.

³²⁹ Van Steenbergen & Wits, *TRA* 2020/91.

³³⁰ Van Steenbergen & Wits, *TRA* 2020/91.

³³¹ *Kamerstukken II* 2020–2021, 31311, nr. 237, p. 7; *Kamerstukken II* 2020–2021, 29544, nr. 1028, p. 12.

³³² *Kamerstukken II* 2020–2021, 31311, nr. 237, p. 7.

³³³ *Kamerstukken II* 2020–2021, 31311, nr. 237, p. 6; *Kamerstukken II* 2020–2021, 29544, nr. 1028, p. 17.

³³⁴ *Kamerstukken II* 2020–2021, 31311, nr. 237, p. 7.

³³⁵ SER 2021.

³³⁶ SER 2021, p. 12.

³³⁷ Boonstra, *AR* 2016/43.

³³⁸ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 10.3; Heerma van Voss, in: *G.J.J. Heerma van Voss c.s. 2018*, p. 18.

³³⁹ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 10.3; Hartlief *NJB* 2021/650.

³⁴⁰ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 10.3 en 5.3; Drucker, *RM* 1894, p. 548.

oplossing. Er zal dan immers moeten worden besloten wat er voor deze tussencategorie zal moeten gelden en voor welke bescherming zij wel en niet in aanmerking zouden komen. Deze aanpak lijkt dan ook niet wenselijk en zal naar alle waarschijnlijkheid meer ruis opleveren.

6.4 Modelovereenkomsten en webmodule

Naast bovenstaande zijn er ook andere maatregelen opgezet waarmee wordt geprobeerd de schijnzelfstandigheid in Nederland terug te dringen. Zo kunnen zelfstandigen met hun opdrachtgevers een zogenoemde 'modelovereenkomst' gebruiken. Deze overeenkomsten zijn goedgekeurd door de Belastingdienst. Door het gebruik van zo'n overeenkomst zou kenbaar worden of er sprake is van ondernemerschap of niet. Het kabinet heeft, naar aanleiding van het Participatieplaats-arrest, erkend dat dit moet worden aangepast.³⁴¹ Het is immers niet mogelijk voor partijen om onderling de juridische kwalificatie van de overeenkomst vast te leggen. Bepalingen uit de modelovereenkomst kennen in dat kader geen juridische waarde. Het aanbieden van modelovereenkomsten door de Belastingdienst zal derhalve ook geen verschil opleveren voor de kwalificatievraag en deze insteek om schijnzelfstandigheid tegen te gaan biedt na het Participatieplaats-arrest geen soelaas.

De Belastingdienst kent voorts een webmodule, die een toetsingskader geeft om de arbeidsrelatie te kwalificeren. Deze is volgens het kabinet al dusdanig ingericht dat de partijbedoeling geen rol speelt voor de kwalificatie van de arbeidsrelatie.³⁴² Partijen die daadwerkelijk op de juiste manier willen handelen naar de feitelijke arbeidsrelatie, zullen hier gebruik van willen maken. Dit biedt dan ook geen oplossing tegen de schijnzelfstandigheid, aangezien er (nog) geen plicht bestaat om gebruik te maken van de webmodule. Pas wanneer er een plicht zal ontstaan, zou het als extra instrument kunnen dienen.³⁴³

³⁴¹ *Kamerstukken II 2020-2021, 31311, nr. 237, p. 4.*

³⁴² *Kamerstukken II 2020-2021, 31311, nr. 237, p. 4.*

³⁴³ *Kamerstukken II 2020-2021, 31311, nr. 220, p. 3.*

Conclusie

Door de economische en maatschappelijke ontwikkelingen zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt 'schijnzelfstandigen' werkzaam. Dit zijn arbeidskrachten, die in wezen een arbeidsovereenkomst zouden moeten hebben, maar worden behandeld als 'zelfstandigen'.³⁴⁴ Deze arbeidskrachten hebben eigenlijk geen keuze om werkzaam te zijn met een zogenaamde overeenkomst van opdracht voor een laag tarief en doorgaans zonder sociaal vangnet.³⁴⁵

In Nederland zijn slechts twee varianten werkrelatie, namelijk de arbeidsovereenkomst op grond van Titel 10:7 BW en de overeenkomst van opdracht op grond van Titel 7:7 BW. Van een overeenkomst van opdracht kan alleen sprake zijn wanneer er nadrukkelijk geen sprake is van een arbeidsovereenkomst.³⁴⁶

De werkverschaffer sluit doorgaans met de 'zelfstandige' arbeidskracht een overeenkomst van opdracht en neemt in de overeenkomst veelal een passage op waarin staat dat partijen uitdrukkelijk geen arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:610 BW beogen.³⁴⁷ Het Groen/Schoevers-arrest lijkt partijen de ruimte hebben gegeven om onderling de kwalificatie van de overeenkomst te duiden.³⁴⁸ Deze gecreëerde ruimte voor de partijbedoeling heeft na het Groen/Schoevers-arrest geleid tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid.³⁴⁹ De partijbedoeling is zowel in de lagere als hogere rechtspraak jarenlang een enigszins rol blijven spelen.³⁵⁰

In het recente Participatieplaats-arrest heeft de Hoge Raad de ruimte uit het Groen/Schoevers-arrest weer ingeperkt en geoordeeld dat voor de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst moet worden gekeken naar de feitelijke uitvoering. De partijbedoeling is hierbij niet relevant.³⁵¹

Van een arbeidsovereenkomst is derhalve sprake wanneer er wordt voldaan aan de wettelijke definitie van artikel 7:610 BW.³⁵² Aan de elementen ('persoonlijke' arbeid', 'gezag', 'loon' en 'gedurende een zekere tijd' moet worden voldaan wil er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst.

Het verrichten van arbeid is een ruim begrip en moet enig doel dienen voor de onderneming.³⁵³ De arbeid moet in principe persoonlijk worden verricht en de mogelijkheid tot vervanging staat het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet zomaar in de weg.³⁵⁴ Met betrekking tot de beloning lijkt de rechter mee te kunnen wegen hoe dit is ingekleed, maar is op zichzelf niet doorslaggevend.³⁵⁵ Het element 'gedurende een zekere tijd' wordt als 'niet onderscheidend' aangemerkt, maar kan als ondersteunend element dienen wanneer het gezagscriterium 'weinig reliëf' biedt.³⁵⁶ Slechts bij een minimale omvang en incidentele eenvoudige werkzaamheden, zal er getwijfeld kunnen worden aan de aanwezigheid van dit element.³⁵⁷ Recent heeft het hof in dit kader aangemerkt dat de verrichte arbeid geen verwaarloosbare omvang mag hebben.³⁵⁸ Het gezagscriterium wordt tot slot aangemerkt als meest onderscheidende.³⁵⁹

³⁴⁴ Koot – Van der Putte, *MSR* nr. 42 2020/2.2.9, p. 1; Boot, *TRA* 2012/84; Koot - Van der Putte & Strating, *Zeggenschap* 2009, p. 44-46; Pennings, *TRA* 2015/33; Stege, *AR* 2016/44; De Laat, *TRA* 2017/69; *Kamerstukken II* 2017/18, 31311, 207, p. 1 en 3

³⁴⁵ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.8; Mertens 2018, par. 5.3 en 5.4; De Reus 2020, hfst. 3; CBS 2014, p. 5-6 en 14; *IBO-rapport* 2015, p. 45; Dekker 2013, p. 86; Lamers, *RSV* 2020/233, p. 959; *IBO-rapport* 2015, p. 45; Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.3.2 (online, bijgewerkt 1-1-2021).

³⁴⁶ Artikel 7:400 lid 1 en 2 BW; Lamers & Ermers 2014, p. 147; Lamers 2012, p. 38.

³⁴⁷ Lamers, *RSV* 2020/233, p. 959; Mauser, *AR* 2019/45; Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384 (*de Persgroep*); Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*); Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 3.14; Peters, *TRA* 2020/52, par. 4.4; Laagland, *TRA* 2020/51; Bartens, *TvAO* 2019/1, p. 14.

³⁴⁸ HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*); Lamers, *RSV* 2020/233, p. 959; HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

³⁴⁹ Boot 2018 (Position Paper), p. 1-2.

³⁵⁰ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*), r.o. 4.3.1; PHR 14 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9722, onder 10 en 11; HR 13 juli 2007, *NJ*, 2007, 449 (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*), r.o. 3.4; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 5.24; Rb. Rotterdam 12 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*), r.o. 4.4; Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*), r.o. 10 en 28; Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384 (*Persgroep*), r.o. 3.8, 3.9 en 3.12.

³⁵¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

³⁵² *Rapport Commissie Regulering van Werk* 2020, p. 41.

³⁵³ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*).

³⁵⁴ Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213.

³⁵⁵ Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, 9.4.5.4 (online, bijgewerkt 1-1-2021); Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938 *JAR* 2019/268.

³⁵⁶ Van Drongelen & van Rijs, *MSR* nr. 27 2012/2.2.7; Meijers 1923-1924, p. 33; Van der Heijden, 1991, p. 51-52; Loonstra & Zondag 2010, p. 95; Trap, in: *De werknemer in beweging* 2007, p. 31; *Kamerstukken II* 1993-1994, 23438, nr. 3, p. 14.

³⁵⁷ Kruit & Ouwehand, *TRA* 2018/58, 4.4.1; CRvB 15 december 1993, *RSV* 1994, 169 (*Kuikenvangers*).

³⁵⁸ HR 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), r.o. 3.10.2 en 3.10.4; Richtlijn EU 2019/1152.

³⁵⁹ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 11; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017, p. 6; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70; Trap, *AR* 2007/24.

Het gezag kan zich op verscheidene wijzen manifesteren³⁶⁰ en door de maatschappelijke ontwikkelingen is de invulling van het gezag gewijzigd.³⁶¹ Mede daarom interpreteert de Hoge Raad het gezagscriterium breder, in die zin dat er niet enkel wordt gekeken naar de instructiebevoegdheid van de werkgever ten opzichte van de invulling van het werk, maar ook naar de organisatorische omstandigheden.³⁶² Desalniettemin moet er tot dusver altijd enige vorm van zeggenschap door de werkgever aanwezig zijn om gezag aan te nemen. Er wordt, terecht, gepleit voor een 'moderne' invulling van het gezagscriterium³⁶³, waarbij zou moeten worden gekeken naar de organisatorische inbedding van de arbeidskracht in de onderneming.³⁶⁴

Tevens is het lopen van ondernemersrisico een belangrijk verschil tussen bewuste zelfstandigen en werknemers. Wanneer een arbeidskracht net als de werknemers werkzaam zijn binnen een onderneming, is er geen sprake van zo'n ondernemersrisico en hierom zouden deze schijnzelfstandigen ook dezelfde behandeling als de werknemers verdienen.³⁶⁵

Wanneer een schijnzelfstandige werkzaam is bij één opdrachtgever voor een bepaalde periode³⁶⁶, zich aan de voorschriften van de onderneming moet houden, werkzaamheden uitvoert die behoren tot de activiteiten van de onderneming en hiervoor wordt beloond, lijkt te worden voldaan aan de elementen uit artikel 7:610 BW. Van belang is dat er wordt gekeken naar de feitelijke uitvoering en de partijbedoeling geen rol speelt. Deze gewenste koers die het Participatieplaats-arrest heeft ingezet lijkt al voorzichtig zichtbaar in de rechtspraak.³⁶⁷ Dit was hard nodig om het scheve systeem weer enigszins sturing te geven.³⁶⁸

Desalniettemin zal het wenselijk zijn wanneer de Hoge Raad zich aanstonds uitlaat over de beoordeling van de elementen uit artikel 7:610 BW.³⁶⁹ Hierdoor zou aan de ingezette koers meer gewicht kunnen worden toegekend. Tevens zal enige opheldering wenselijk zijn omtrent de fasen die de Hoge Raad aanmerkt bij het Participatieplaats-arrest.³⁷⁰ Evenwel is het gewenst dat de Hoge Raad het 'moderne gezagscriterium' overweegt.³⁷¹ Tot slot zal wenselijk zijn wanneer de Hoge Raad zich uitspreekt over het gewenste terzijde schuiven van de holistische benadering.³⁷² Het uitgangspunt zal moeten zijn dat wanneer er wordt voldaan aan alle elementen uit artikel 7:610 BW er sprake is van een arbeidsovereenkomst. En niet dat slechts één element doorslaggevend kan zijn, ofwel de elementen onderling kunnen worden gecompenseerd.³⁷³

De huidige criteria ter kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zijn nog steeds relevant³⁷⁴ en sluiten tevens aan bij de criteria van het HvJ EU³⁷⁵. Een herijking van de wettekst van artikel 7:610 BW is dan ook niet vereist, te meer nu er reeds een (gedeeltelijke) herijking van het Groen/Schoevers-arrest heeft voorgedaan.³⁷⁶ Het heeft een meer effectieve werking wanneer er in de rechtspraak meer gezichtspunten voor een (uniforme) benadering van de elementen wordt aangedragen en gegeven open normen desgewenst verder worden ingeperkt.³⁷⁷ Het kan in dit kader bruikbaar zijn wanneer de elementen 'modern' worden benaderd, met name het onderscheidende gezagscriterium.³⁷⁸ In dit kader lijkt al een bescheiden, en zeer gewenste, beweging zichtbaar.³⁷⁹

³⁶⁰ Said, *TRA* 2020/14, p. 1; Bouwens e.a. 2019, p. 63; Loonstra & Zondag 2018, p. 145.

³⁶¹ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017, p. 6.

³⁶² *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 41; *Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie'* 2017.

³⁶³ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

³⁶⁴ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 4 en 6; HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, JAR 2015/133 (*Kriterion*); HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.8; Pennings 2018, p. 65-85, par 5.3; Duk, *TAC* 2020/1, p. 10.

³⁶⁵ HvJ EU 4 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV/Kiem*); Boot, *TRA* 2016/44.

³⁶⁶ Zie in dit kader Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*), HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*); HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 (*Diosynth/Groot*).

³⁶⁷ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

³⁶⁸ Lamers, *RSV* 2020/233, p. 960.

³⁶⁹ Hartlief *NJB* 2021/650.

³⁷⁰ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*); Said, in: *Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht* 2020, p. 2811.

³⁷¹ Zie in dit kader Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

³⁷² HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schoevers*), r.o. 3.4; Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*); Zwemmer 2018 (Position Paper), p. 6; Duk 2018 (Position Paper), p. 4-5; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.9.

³⁷³ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 6.2; Duk 2018 (Position Paper), p. 3.

³⁷⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 13-15.

³⁷⁵ *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³⁷⁶ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*).

³⁷⁷ PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.8 en 9.71; Pennings 2018, p. 65-85, par 5.3; Duk, *TAC* 2020/1, p. 10;

Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017, p. ii-iii en 70.

³⁷⁸ Verhulp 2018 (Position Paper), p. 4 en 6; PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698; *Rapport Commissie Regulering van werk* 2020, p. 70.

³⁷⁹ HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*); Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*); PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, r.o. 9.70.

Literatuurlijst

ACM 2020

Autoriteit Consument & Markt, *Leidraad Tariefafspraken zzp'ers*, 2020.

Alt, MSR nr. 71 2017

H.J.W. Alt, 'Stelplicht en bewijslast in het nieuwe arbeidsrecht', *Monografieën Sociaal Recht* nr. 71 2017.

Bartens, TvAO 2019/1

P.R. Bartens, "Vrije vervanging' en de kwalificatievraag: duiding, positie en bruikbaarheid", *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2019/1.

Bennaars 2018 (Position Paper)

J.H. Bennaars, *Verduidelijken gezagscriterium*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Bevers, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties 2021*

E.M. Bevers, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Wolters Kluwer: 2021 (online).

Bles 1907-1909 I/IV

A.E. Bles, *De Wet op de Arbeidsovereenkomst. Geschiedenis der wet van 13den juli 2907 (Staatsblad n. 193)*, 's-Gravenhage 1907-1909, deel I-IV.

Boonstra, AR 2016/43

K. Boonstra, 'De lessen van het arrest C-413/13 FNV Kiem/De Staat der Nederlanden', *ArbeidsRecht* 2016/43.

Boot 2004

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2004.

Boot, TRA 2012/84

G.C. Boot, 'Arbeidsrechtelijke bescherming van afhankelijke zzp'er', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2012/84.

Boot, TRA 2016/44

G.C. Boot, 'Schijnzelfstandigen: de rekenaar, de wetgever en de rechter', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2016/44.

Boot 2018 (Position Paper)

G.C. Boot, *Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Bouwens e.a. 2019

W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl, W.L. Roozendaal & H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Buijs, SR 2006-4

D.J. Buijs, 'De ondernemende tennislerares II', *Sociaal Recht* 2006-4.

Bungener, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties 2021*

A.F. Bungener, in: J.P. Kroon & P. de Casparis (red.), *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Wolters Kluwer: 2021 (online).

CBS 2014

CBS, *Inkomen en kenmerken van zelfstandigen zonder personeel*, 2014.

CBS & TNO 2020

CBS & TNO, *Dynamiek op de Nederlandse arbeidsmarkt: De focus op zekerheid*, 2020.

Dekker 2013

F. Dekker, 'En toen waren er zzp'ers', Boom Lemma Uitgevers: 2013

Dekker & Beer, de, Tijdschrift voor HRM 2/2015

F. Dekker & P. de Beer, 'Flexibele arbeid en het HRM-beleid van werkgevers', *Tijdschrift voor HRM* 2/2015.

Drongelen, van & Rijs, van, MSR nr. 27 2012/2.2.7

J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, 'De ontslagpraktijk van het UWV', *Monografieën Sociaal Recht* nr. 27 2012/2.2.7.

Drucker, RM 1894

H.L. Drucker, 'Bouwstoffen voor een burgerrechtelijke regeling der arbeidsovereenkomst. I. De begrippen huur van diensten en dienstboden en werklieden in de Nederlandsche rechtspraak', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1894.

Duk, TAC 2020/1

R.A.A. Duk, 'Regulering van werk, en wat er daarbij mis gaat', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context* 2020/1.

Duk 2018 (Position Paper)

R.A.A. Duk, *Position paper van Mr. R.A.A. Duk inzake gezagscriterium in art. 7:610 BW*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Eenhoorn & Kawka 2007

P.H. Eenhoorn & M.L. Kawka (red.), *Wegwijs in de loonbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

Fleuren – Walsem, van & Peijpe, van, SMA 1995/412

J.M. Fleuren – Walsem, van & T. Peijpe, van, 'Gezagsverhouding, de stand van zaken', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1995/412.

Grinten, van der, 2020

J.W.M. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2020.

Hartlief, NJB 2021/650

T. Hartlief, 'Arbeidsovereenkomst! Of toch niet?', *Nederlands Juristenblad* 2021/650.

Asser/Heerma van Voss 2008

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Heerma van Voss 2015

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2020.

Heijden, van der, 1991

P.F. van der Heijden, *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Wolters Kluwer Nederland: 1991.

Heijden, van der, NJB 1997 nr. 40

P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid: op zoek naar een andere architectuur van het arbeidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 1997, nr. 40.

Houweling 2017

A.R. Houweling, 'De zelfstandige zonder personeel', in: G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

IBO-rapport 2015

IBO-rapport, 'Zelfstandigen zonder personeel', 2015.

Jansen & Loonstra 1997

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning*, Deventer: Kluwer 1997.

Jansen & Loonstra, NJB 1998

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', *Nederlands Juristenblad*, 1998.

Jansen & Loonstra, TAP 2010

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'Art. 7:610 BW en de partijbedoeling', *Tijdschrift ArbeidsrechtPraktijk* 2010 nr. 1.

Jong, de, TAP 2010

E.S. de Jong, 'Gezagsverhouding: partijbedoeling en feitelijke uitvoering bij de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep; tijd voor harmonisatie?', *Tijdschrift ArbeidsrechtPraktijk* nr. 6/2010.

Kamphuisen 1956

P.W. Kamphuisen, *De collectieve en de individuele arbeidsovereenkomst*, Leiden: Universitaire pers 1956.

Kaspers, SMA 1982

A. Ph. Kaspers, 'Betekenis en functie van de arbeidsovereenkomst in haar maatschappelijke context', *Sociaal Maandblad Arbeid* 1982.

Kautonen e.a. 2010

T. Kautonen, S. Down, F. Welter, P. Vainio, J. Palmroos, K. Althoff, & S. Kolb, 'Involuntary self-employment as a public policy issue: a cross country European review. International Journal of Entrepreneurial Behaviour & Research', 2010.

Kind, van der, SR 2007/70

O. van der Kind, 'HR, 13-07-2007, nr. C05/331HR: Thuiszorg Rotterdam/PGGM', *Tijdschrift Sociaal Recht* 2007/70.

Kok 2020

L. Kok, 'Toch geen minimumtarief voor zzp'ers', 15 juni 2020, <https://www.ad.nl/ad-werkt/toch-geen-minimumtarief-voor-zzp-ers~a6ed1db1/>.

Koot – Putte, van der, MSR 2020

E. Koot – van der Putte, 'De schijnzelfstandige', *Monografieën Sociaal Recht*, nr. 42 2020/2.2.9.

Kruit & Ouwehand, TRA 2018/58

P. Kruit & M. Ouwehand, 'Platformarbeid: de ene platformwerk(nem)er is de andere niet', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2018/58.

Laagland, TRA 2020/51

F.G. Laagland, 'Luidt de coronacrisis het einde van bewust ondernemerschap in?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/51.

Laat, de, TRA 2017/69

J.J.M. de Laat, 'De overeenkomst van opdracht, algemene voorwaarden en de zelfstandige zonder personeel', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2017/69.

Lamers & Ermers 2014

A.H. Lamers & J.H. Ermers, 'De mythe van flexibele arbeid', in: *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving* (Red. A.H. Lamers & S.L.T. Schoenmaekers), Zutphen: Juridische Uitgeverij Paris 2014.

Lamers 2012

A.H. Lamers, *Opdracht, lastgeving en bemiddeling*, (NTHR-reeks deel 15), Zutphen, Juridische Uitgeverij Paris 2012.

Lamers, RSV 2020/233

A.H. Lamers, 'Kwalificatie arbeidsovereenkomst – partijbedoeling geen rol', *Rechtspraak Sociale Verzekeringen* 2020/233.

Loonstra 1990

C.J. Loonstra, *Gezag, medezeggenschap en collectieve actie*, Groningen: 1990.

Loonstra & Jansen 1997

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, *Functies onder spanning - een nieuwe oriëntatie op de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 1997.

Loonstra & Jansen, NJB 1998, 18

C.J. Loonstra & C.J.H. Jansen, 'Erosie in de gezagsverhouding: de koers van de Hoge Raad', *NJB* 1998, 18.

Loonstra, SR 2005/17

C.J. Loonstra, 'De gezagsverhouding ex art. 7:610 BW', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2005/17.

Loonstra, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2009

C.J. Loonstra, in: C.J. Loonstra & W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht* 2009.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2010.

Loonstra 2016

C.J. Loonstra, in: P.F. van der Heijden (red.), *25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016.

Loonstra & Westerbeek, SMA 2007 – nr. 11/12

C.J. Loonstra & M. Westerbeek, 'Honderd jaar definitie van de arbeidsovereenkomst: moet het anders?', *SMA* 2007 – nr. 11/12.

Loonstra & Zondag 2018

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2018.

Loonstra & Zondag 2020

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2020.

Mauser AR 2019/45

P.J. Mauser, 'Het belang van de partijbedoeling bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2019/45.

Meijers 1923-1924

E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, Haarlem: Tjeenk Willink 1923-1924.

Mertens 2018

A.L. Mertens, 'Fiscaal perspectief', in: J.H. Bennaars c.s. (red.), *De werknemerachtige in het sociaal recht: een verkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Pennings, TRA 2015/33

F.J.L. Pennings, 'Schijnzelfstandigen: de sociale partners zijn nu aan zet', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2015/33.

Pennings 2018

F.J.L. Pennings, 'Zelfstandigen zonder personeel', in: F.J.L. Pennings en J. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

Peters, TRA 2020/52

S.S.M. Peters, 'Commissie-Borstlap en de regulering van arbeidsrelaties', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/52.

Rapport 'Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie' 2017

Rapport 'onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie', bijlage bij *Kamerstukken II* 2017, 34 036, 64.

Rapport 'Werken buiten dienstbetrekking' 2019

Rapport 'Werken buiten dienstbetrekking', rapport in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken 2019.

Rapport Commissie Regulering van werk 2020

Commissie Regulering van werk, *Rapport: In wat voor land willen wij werken? , discussienota van de commissie Regulering van werk over toekomstbestendig arbeidsrecht, sociale zekerheid en fiscaliteit*, 23 januari 2020, www.reguleringvanwerk.nl.

Reus, de, 2020

M.M. de Reus, *Het ondernemers- en ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001* (Fiscale monografieën nr. 12), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Roozendaal 2011

W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Roozendaal, AR 2016/42

W.L. Roozendaal, 'Zelfstandigen in de thuiszorg', *ArbeidsRecht* 2016/42.

Sagel 2016

S.F. Sagel, in: *P.F. van der Heijden (red.), 25 jaar Jar: jubileumuitgave*, Den Haag: Sdu 2016.

Said, ArA 2017

S. Said, 'Werknemer of zelfstandige? Drie keer raden!: de kwalificatievraag ex artikel 7:610 BW in het arbeidsrecht, sociale zekerheidsrecht en fiscaal recht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2017.

Said, TRA 2020/14

S. Said, 'Organisatorische inbedding: een bruikbaar kwalificatiecriterium of voer voor juristen?', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/14.

Said, in: Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht 2020, afl. 16

S. Said, in: *Sdu Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2020, afl. 16.

Seghrouchni, Bb 2021/2

J. Seghrouchni, 'De kwalificatie van de arbeidsovereenkomst: de rol van de partijbedoeling na het arrest X/Amsterdam', *Bedrijfsjuridische berichten* 2021/2.

SER, Ontwerpadvies 21/08 2021

Sociaal Economische Raad, 'Sociaal-economisch beleid 2021-2025: Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving', *Ontwerpadvies* 21/08 2021.

Steenbergen, van & Wits, TRA 2020/91

H. van Steenbergen, & E.B. Wits, 'Naar een doeltreffend onderscheid tussen werknemerschap en ondernemerschap. Hoe een vermoeden van werknemerschap schijnzelfstandigheid kan terugdringen', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2020/91.

Stege, AR 2016/44

A. Stege, 'De cao en bepalingen die betrekking hebben op zzp'ers', *ArbeidsRecht* 2016/44.

Trap, AR 1998,51

J.J. Trap, 'De opdrachtnemer', *ArbeidsRecht* 1998, 51.

Trap, in: *De werknemer in beweging* 2007

J.J. Trap, in: J. Theeuwes, P.C.H.R. Vas Nunes (red.), *De werknemer in beweging* 2007.

Asser/Tjong Tjin Tai 2009

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Bijzondere overeenkomsten, Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst* (Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 7-IV), Deventer: Kluwer 2009.

TNO Rapport 2020

TNO, *De impact van de COVID-19 pandemie op werknemers: stand van zaken na de eerste golf*, 2020.

TNO Rapport 2021

TNO, *De impact van de COVID-19 pandemie op werknemers: stand van zaken in 2020, 2021*.

Trap, AR 2007/24

J.J. Trap, 'De Hoge Raad na Groen/Schoevers: what's new?', *ArbeidsRecht* 2007/24.

Vegter, SR 2005/19

M.S.A. Vegter, annotatie bij HR 10 december 2004, *JAR* 2005, 15 (*Diosynth/Groot*), *Sociaal Recht* 2005/19.

Verhulp, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2021

E. Verhulp, commentaar op artikel 7:610 BW, in: *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, 2021 (online).

Verhulp, in: *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* 2003

E. Verhulp, Een arbeidsovereenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!, in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Verhulp 2003

E. Verhulp, Maatwerk in het arbeidsrecht? (oratie Amsterdam UvA 11 oktober 2002), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

Verhulp, AA 2005/5

E. Verhulp, 'Is de opdrachtsovereenkomst een arbeidsovereenkomst? HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth/Groot*)', *Ars Aequi* 2005/5.

Verhulp, in: *Vrienden door Dik en Dun* 2011

E. Verhulp, De 'eigenaardigheid' van het arbeidsrecht, in: S.F. Sagel, *Vrienden door Dik en Dun (liber amicorum voor R.A.A. Duk)*, Kluwer: 2011.

Verhulp 2018 (Position Paper)

E. Verhulp, *Onduidelijkheden met betrekking tot het gezagscriterium bij het definiëren van de arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Verhulp, in: *Deining* 2019

E. Verhulp, 'Het definiëren van de arbeidsovereenkomst', par. 2 en 4, in: L.J.A. Holtus (red.), *Deining*, Den Haag: SDU 2019.

Vroonhof e.a. 2008

P. Vroonhof, H. Tissing, M. Swaters, A. Bruins & E. Davelaar, *Zelfstandigen zonder personeel*, Zoetermeer: 2008.

Westerveld 2011

M. Westerveld, *Het stiefkind van het arbeidsrecht* (oratie Universiteit van Amsterdam), 2011.

Wiel, van der – Rammeloo 2008

D.V.E.M. van der Wiel - Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2008.

Wielers, TvA 2019 (35) 2.

R. Wielers, 'Platform en bestel', *Tijdschrift voor Arbeidsvraagstukken* 2019 (35) 2.

Wolzak, FD 2017

M. Wolzak, 'Minister: Niet direct oplossing voor schijnzelfstandigheid', *Het Financieele Dagblad* 22 december 2017.

WRR 2019

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Rapport: het betere werk*, 2019.

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2012.

Zwemmer 2018 (Position Paper)

J.P.H. Zwemmer, *Onduidelijkheden gezagscriterium bij kwalificatie arbeidsovereenkomst*. Position Paper op verzoek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 2018.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1903/04, 137, 3.

Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907/193, in werking getreden op 1 februari 1909 (Stb. 1908/324).

Meijers 1972 (Toelichting): E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong. Toelichting Vierde Gedeelte (Boek 7)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en Uitgeversbedrijf 1972.

Kamerstukken II 1982/83, 17779, nr. 3.

Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3.

Wet flexibiliteit en zekerheid, wet van 14 mei 1998, Stb. 1993/300.

Aanbeveling (EU) 2016/C 229/10 van de Europese Raad van 12 juli 2016 over het nationale hervormingsprogramma 2016 van Nederland en met een advies van de Raad over het stabiliteitsprogramma 2016 van Nederland (*PbEU* 2016, C 299/10).

Kamerstukken II 2017/18, 31311, 207.

Rutte, M., van Haersma Buma, S., Pechtold, A. & Segers, G.J.M., Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021. Geraadpleegd op www.kabinetsformatie2017.nl/binaries/kabinetsformatie/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst/Regeerakkoord+2017-2021.pdf.

Kamerstukken II 2018/19, 31311, 219.

Wet minimumbeloning zelfstandigen en zelfstandigenverklaring van 28 oktober 2019, (*MvT*), www.internetconsultatie.nl.

Kamerstukken II 2020-2021, 31311, nr. 220 en 237.

Kamerstukken II 2020-2021, 29544, nr. 1028.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad der Nederlanden

HR 18 december 1953, NJ 1954, 242.
HR 13 december 1957, NJ 1958/35 (*Zwarthoofd/Het Parool*).
HR 1 december 1961, NJ 1962, 79 (*Stripteasedanseres*).
HR 17 november 1967, NJ 1968, 163 (*Elout/Den Hollander (vertaler)*).
HR 17 november 1978, NJ 1979, 140, (*Ponstypiste*).
HR 29 oktober 1982, LJV AC0442, NJ 1983, 230 (*Hesseling/Ombudsman*).
HR 28 september 1983, NJ 1984, 92 (*X./Z.*).
HR 17 april 1984, NJ 1985, 18 (*Animeermeisjes*).
HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1397, NJ 1994/757 (*Imam*).
HR 16 september 1994, JAR 1994/214, NJ 1996/ 329 (*NN/Woudsend*).
HR 17 juni 1996, JAR 1994/152.
HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).
HR 8 mei 1998, NJ 2000, 81 en JAR 1998/168 (*Management consultants Europe BV/Schoenmaker c.s.*).
HR 12 oktober 2001, LJV ZC3681, NJ 2001/635.
HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 (*ABN AMRO/Mahli*).
HR 10 oktober 2003, NJ 2007, 446 en JAR 2003/263 (*Van der Male B.V./Den Hoedt*).
HR 10 december 2004, JAR 2005, 15 (*Diosynth/Groot*).
HR 17 juni 2005, LJV AT7633.
HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9722 (*UvA/Beurspromovendi*)/PHR 14 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9722.
HR 13 juli 2007, NJ, 2007, 449, (*Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM*).
HR 15 december 2007, JAR 2008, 19 (*Van Houdts/BBO*).
HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3887 (*Gouden Kooi*).
HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653, JAR 2014/260 (*coöperatie van prostituees*).
HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172, JAR 2015/133 (*Kriterion*).
HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, NJ 2017/370 (*Care4Care*).
HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Participatieplaats*)/PHR 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 18 december 2002, LJV AF3011.
Hof Amsterdam 12 februari 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AF5240.
Hof Amsterdam 25 september 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN7966.
Hof Amsterdam 21 april 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO9136.
Hof 's Hertogenbosch 28 mei 2010, LJV BM8457.
Hof Amsterdam 6 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5113.
Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3039.
Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2384 (*de Persgroep*).
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:GHARL:2018:6333.
Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7938 JAR 2019/268.
Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (*Deliveroo/FNV*).

Rechtbanken

Rb. Haarlem (pres.) 12 september 1995, JAR 1995/246.
Ktr. Amsterdam 11 oktober 1996 en 25 oktober 1996, JAR 1997/15.
Rb. Amsterdam 19 augustus 1998, JAR 1998/210.
Rb. Amsterdam (pres.) 22 oktober 1998, JAR 1998/250.
Rb. 's-Gravenhage 15 april 1998, JAR 1998/107.
Rb. 's-Gravenhage 3 februari 1999, JAR 1999/84.
Ktr. Hilversum 14 april 1999, JAR 1999/108.
Rb. Groningen 19 januari 2001, JAR 2001/55.
Rb. 's-Gravenhage 23 maart 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AO7182.
Rb. Arnhem 29 juni 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AP6921.

Rb. Arnhem 15 februari 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT0999.
Rb. Gelderland 6 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1863.
Rb. Amsterdam 4 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU3213.
Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:224 (*piloot*).
Rb. Rotterdam 12 maart 2018 ECLI:NL:RBROT:2018:2013 (*RTV Rijnmond*).
Rb. Amsterdam van 23 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5183 (*Deliveroo*).
Rb. Amsterdam 1 juli 2019 ECLI:NL:RBAMS:2019:4546 (*FNV en eiseres/Helpling*).
Rb. Amsterdam 9 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:545.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 6 april 1972, RSV 1972, 214 (*Fruitpluksters*).
CRvB 2 mei 1986, RSV 1987,155.
CRvB 15 december 1993, RSV 1994,169 (*Kuikenvangers*).
CRvB 21 december 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB2567 (*Pizzabezorgers*).
CRvB 23 oktober 1995, AB 1996.
CRvB 18 februari 1999, RSV 1999/152.
CRvB 18 februari 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8164.
CRvB 11 oktober 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD5998.
CRvB 31 januari 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5066.
CRvB 10 juli 2003, RSV 2003/255.
CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3434.
CRvB 13 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3397.
CRvB 19 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS4844.
CRvB 10 februari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS6283.
CRvB 24 maart 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT3470.
CRvB 12 mei 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT6387.
CRvB 9 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT7566.
CRvB 21 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU0721.
CRvB 29 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU4235.
CRvB 13 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU4291.
CRvB 20 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU9193.
CRvB 17 november 2005, «USZ» 2006/17.
CRvB 5 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1416.
CRvB 12 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV1868.
CRvB 30 maart 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV9083.
CRvB 19 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0715.
CRvB 11 januari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ7199.
CRvB 22 februari 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:AZ9845.
CRvB 18 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB6411.
CRvB 13 maart 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC6895.
CRvB 12 oktober 2008, LJV BF7427 (*Museumgidsen*).
CRvB 10 september 2009, LJV BJ8071.
CRvB 11 maart 2010, LJV BL9457.
CRvB 18 augustus 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN6113.
CRvB 9 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BS8934.

Europese rechtspraak

HvJ EG 16 december 1975, cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jur. 1975 (*Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e.a. v Commissie*).
HvJ EG 3 juli 1986, 66/85 (*Lawrie/Blum*).
HvJ EU 20 November 2001, C-268/99 (*Jany and others*).
HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*).